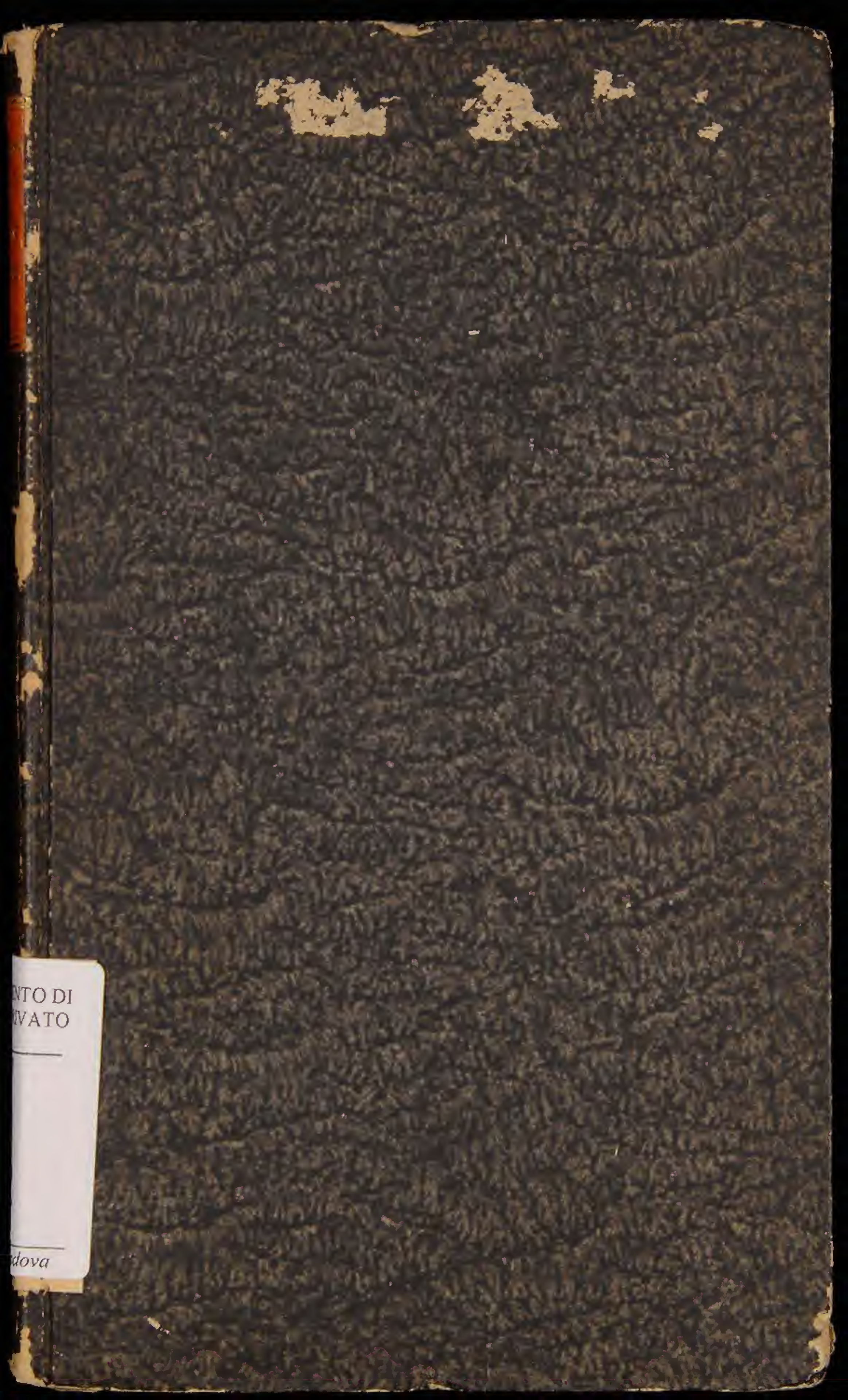
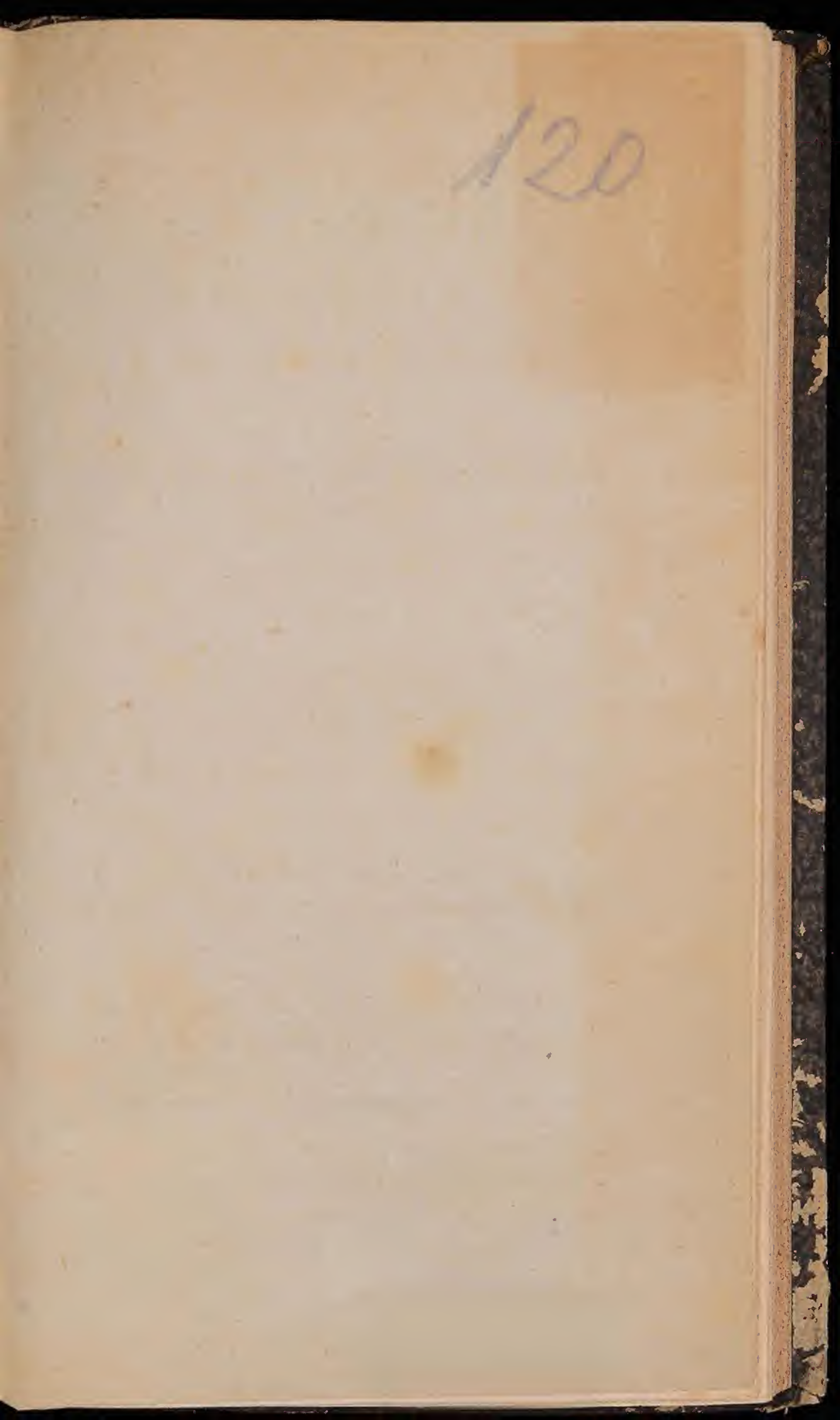
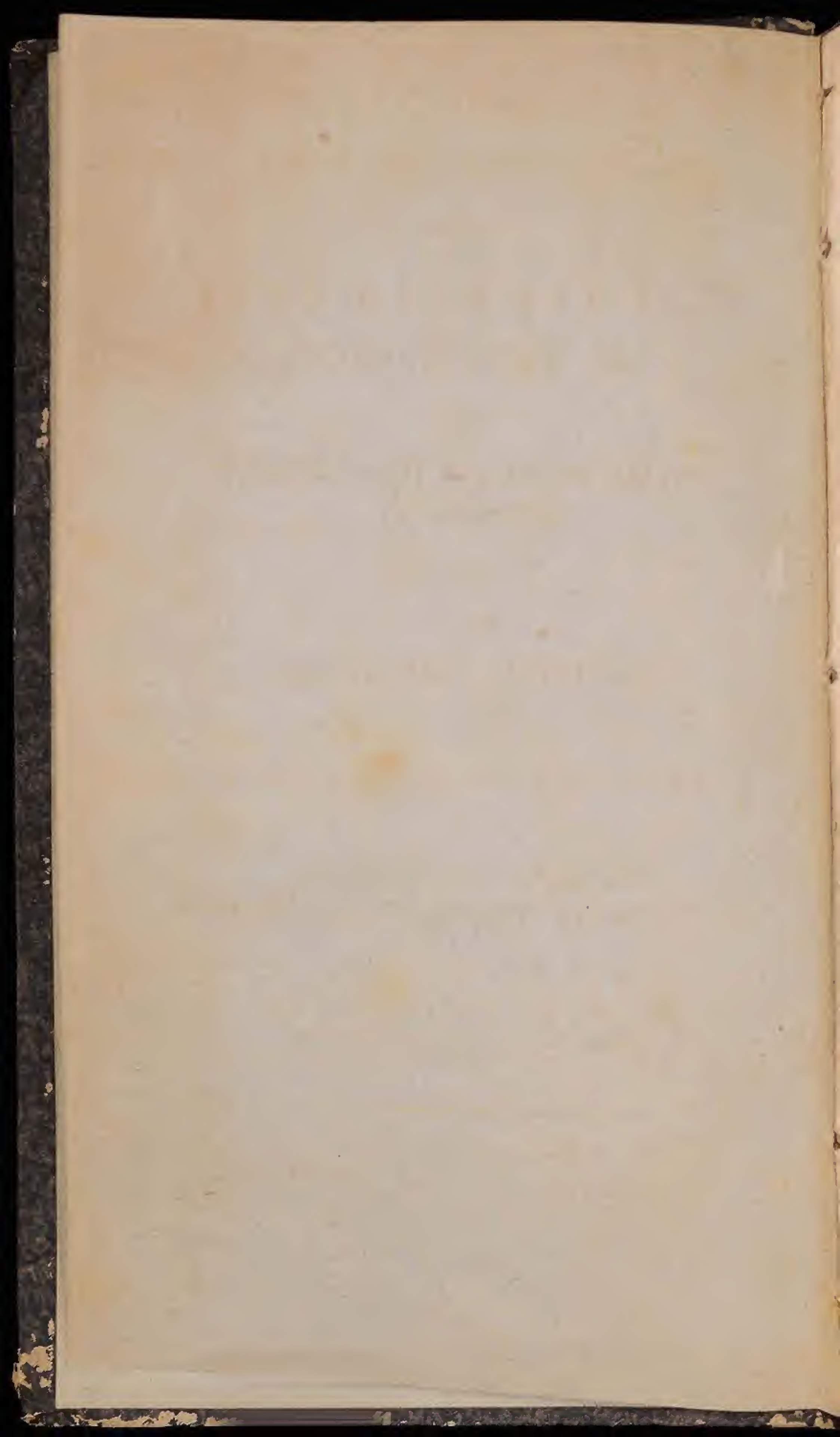






Die Lehre des Römischen Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und von der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere.

Eine civilistische Abhandlung und zeitgemäßer Beitrag zu Dr. Adolph Dietrich Webers „Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit"

von

Dr. C. F. Reinhardt,
Königl. Würtemb. Ober-Tribunal-Rath.

Stuttgart,
bey Johann Friedrich Steinkopf.
1827.

Vermischte Aufsätze

aus dem Gebiete

der

reinen und angewandten

Rechtswissenschaft

von

Dr. Reinhardt,

Königl. Würtembergischem Ober-Tribunal-Rath.



Drittes Heft.

Stuttgart,

bey Joh. Fried. Steinkopf.

1827.

Inhalts-Uebersicht.

Einleitung.

I. Abtheilung. Von dem Naturrechte im Sinne des römischen Rechts.

V. Abtheilung. Von der Verbindlichkeit der Minderjährigen.

VIII. Abtheilung. Von Verpfändungen, namentlich in Beziehung auf natürliche Verbindlichkeiten.

IX. Abtheilung. Von dem Einflusse der erlöschenden Verjährung auf Verbindlichkeiten.

Schluß.

Erklärung des Fr. 39. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

Einleitung.

§. 1.
Begriff des Rechts.

Jede mögliche Aeußerung unserer Willensfreiheit nennen wir Recht. Das Recht ist daher nur auf dem Gebiete der Freiheit denkbar.

§. 2.
Begriff der Pflicht.

Jede nothwendige Beschränkung unserer Willens-Freiheit nennen wir Pflicht. Die Pflicht ist daher nur auf dem Gebiete der Nothwendigkeit denkbar.

§. 3.
Ursprung der Pflicht.

Alle Pflichten aber entspringen aus dem Gesetze.

§. 4.
Begriff des Gesetzes.

Das Gesetz aber ist der Ausdruck der Nothwendigkeit. In so ferne nun das Gesetz die Willens-Freiheit beschränkt, ist es entweder Sitten- oder Rechts-Gesetz.

§. 5.
Eintheilung der Pflichten.

Die Pflichten zerfallen daher auch in Pflichten des Sitten- und in Pflichten des Rechts-Gesetzes.

§. 6.

Eintheilung des Gesetzes.

Die Beschränkung der Freiheit durch das Gesetz kann aber entweder eine innere oder äußere seyn. Die Beschränkung des Sitten-Gesetzes so wie des Rechts-Gesetzes erkennt diesen Unterschied an.

§. 7.

Eintheilung der Pflichten in vollkommene und unvollkommene.

Jede nothwendige innere und äußere Beschränkung unserer Freiheit durch das Sitten- und Rechts-Gesetz oder durch das Rechts-Gesetz allein nennen wir eine vollkommene Pflicht. Jede nothwendige bloß innere Beschränkung unserer Freiheit durch das Sitten- und Rechts-Gesetz, oder durch das Rechts-Gesetz allein nennen wir eine unvollkommene Pflicht. Vollkommene Pflichten sind daher nur auf dem Gebiete des positiven Rechts denkbar.

§. 8.

Eintheilung der vollkommenen Pflichten in unmittelbare und mittelbare.

Die Pflichten aber entspringen entweder unmittelbar oder mittelbar aus dem Gesetze. Unmittelbar, wenn zu ihrer Begründung lediglich nichts, als das Gesetz erforderlich ist. Mittelbar, wo die Pflicht nur unter Voraussetzung einer Begebenheit, einer That-Handlung oder eines That-Umstands, aus dem Gesetz entspringt.

§. 9.

Begriff der Verbindlichkeit.

Eine mittelbare Pflicht aber nennen wir Verbindlichkeit (*obligatio.*).

§. 10.

Eintheilung der Verbindlichkeiten.

Je nachdem nun die mittelbare Pflicht selbst eine vollkommene oder unvollkommene ist, kann man auch die Verbindlichkeiten in vollkommene oder unvollkommene eintheilen. Es gibt somit nicht bloß Verbindlichkeiten des inneren und äußeren Rechts-Gesetzes, sondern auch des bloß inneren Rechts- und des Sitten-Gesetzes.

§. 11.

Begriff der Verbindlichkeit im engern Sinne des Worts.

Im engern Sinne des Worts aber nennen wir nur mittelbare vollkommene Pflichten — Verbindlichkeiten.

§. 12.

Begriff von Forderungen, Schuldigkeiten.

Eine besondere Art der letztern bilden nach dem Sprach-Gebrauche, die Forderungen im activen — Schuldigkeiten im passiven Sinne des Worts, d. h. die durch Vertrag — freye Uebereinkunft mehrerer über ein bestimmtes Rechts-Verhältniß — begründeten Verbindlichkeiten.

§. 13.

Begriff der natürlichen Verbindlichkeiten nach bisheriger Ansicht.

Wenn man von Allem, was das positive Recht bietet, das Geschichtliche, das Oertliche, das Persönliche, wo immer möglich die Form, und was sonst an demselben Individuelles seyn mag, abzieht, so gewinnt man offenbar eine Menge abstracter Formeln. Diese abstracten Formeln nannte man bisher Natur-

Recht (inneres Recht). Eine Verbindlichkeit des Natur-Rechts, sie mochte nun auch eine Verbindlichkeit des positiven Rechts seyn oder nicht, nannte man eine natürliche Verbindlichkeit im weiteren Sinne des Worts. Eine Verbindlichkeit dagegen, welche lediglich sich auf das Natur-Recht gründete und im positiven Recht nicht aufzufinden war, eine natürliche Verbindlichkeit im engeren Sinne des Worts. Letzterer steht eine Verbindlichkeit, welche bloß das positive Recht kennt, zunächst als Gegensatz gegenüber.

§. 14.

Einfluß dieses Begriffs auf die positive und namentlich auf die Wissenschaft des positiven römischen Rechts.

Auch das römische Recht kennt obligationes naturales, und man unterlegte diesem Ausdruck die Ansicht des neueren Natur-Rechts. Hierüber entstanden nun eine Menge Schwierigkeiten und Streitigkeiten, welche lediglich nur dem mißlichen Umstande zuzuschreiben sind, daß man neuere Ansichten dem römischen Rechte, welchem sie doch ganz fremd waren, aufdringen wollte, und daß man mit Hülfe jenes Natur-Rechts, als eines vermeintlich gründlichen Behelfs, in dem römischen Recht aufzuräumen hoffte. Hierdurch aber wurde offenbar weder für die Philosophie noch für die Rechts-Wissenschaft etwas gewonnen, denn was

> Schelling, über die Methode des academischen Studiums. Tüb. 1802. S. 233.

schon äußerte, hat sich in den neuesten Zeiten bewährt, und so mag seine Bemerkung hier, als eine sehr richtige, eine Stelle finden: „Fast am hartnäckigsten „hat sich in der bisherigen Behandlung des Natur-

„Rechts das analytische Wesen und der Formalismus
„erhalten. Die ersten Begriffe wurden entweder aus
„dem römischen Rechte, oder von irgend einer eben
„gangbaren Form hergenommen, so daß das Natur-
„Recht nicht nur alle möglichen Triebe der menschli-
„chen Natur, die ganze Psychologie, sondern auch alle
„erdenkliche Formen nach und nach durchgewandert
„ist. Durch Analyse derselben wurde eine Reihe for-
„maler Sätze gefunden, mit deren Hülfe man nach-
„her in der positiven Jurisprudenz aufzuräumen hoffte.
„Besonders haben Kantische Juristen diese Philoso-
„phie als Magd ihrer Scienz zu brauchen fleißig an-
„gefangen, und zu diesem Behuf das Natur-Recht
„auch immer richtig reformirt. Diese Art des Phi-
„losophirens äußert sich als ein Schnappen nach Be-
„griffen, gleichviel, welcher Art sie sind, nur, daß sie
„eine Einzelheit seyen, damit derjenige, welcher sie auf-
„gefangen, durch die Mühe, die er sich gibt, die
„übrige Masse nach ihr zu verziehen, sich das Anse-
„hen eines eigenen Systems geben könne, das aber in
„kurzer Zeit wieder durch ein anderes verdrängt wird" —
doch

Fichte's Grundlage des Natur-Rechts. Jena u.
Leipzig 1796.

und

Kant's methaphysische Anfangsgründe der Rechts-
Lehre. Königsberg 1797.

muß ich hier als ehrenvoller Ausnahmen erwähnen.

§. 15.

Gegenwärtiger Stand der Sache.

In den neuesten Zeiten ist man jedoch wieder hie-
von zurückgekommen, man hat wieder und mit mehr

und vielem Glücke angefangen, das römische Recht geschichtlich aufzufassen, und der Rath

Schellings, a. a. O. S. 232.

„daß das erste Streben eines Jeden, der die positive „Wissenschaft des Rechts als ein Freyer begreifen will, „seyn müsse, sich durch Philosophie und Geschichte „die lebendige Anschauung der früheren Welt und der „in ihr nothwendigen Formen des öffentlichen Lebens „zu verschaffen, und, daß die reichhaltigste Quelle der „Bildung in dieser Wissenschaft eröffnet werden könnte, „wenn sie mit unabhängigem Geiste, frey von der „Beziehung auf den Gebrauch und an sich behan„delt würde!" — wird wenigstens in den neuesten Zeiten befolgt.

§. 16.

Zweck dieser Abhandlung.

Der Zweck der vorliegenden Abhandlung ist daher auch kein anderer als der, den dem römischen Rechte fremdartigen und erst in späteren Zeiten aufgedrungenen Stoff von demselben zu sondern, und seine Lehren in Beziehung auf Verbindlichkeiten im Allgemeinen, so wie auf natürliche Verbindlichkeiten insbesondere rein und unvermischt zu geben. Nur von diesem Standpunkte aus bitte ich die gegenwärtige Abhandlung zu betrachten.

Erste Abtheilung.

Von dem Natur-Rechte im Sinne des römischen Rechts.

§. 17.

Welche Ansichten hatten die römischen Rechts-Gelehrten und das römische Recht von dem Natur-Recht?

Hören wir vorerst **Ulpian**,

Fr. 1. §. 3. et 4. D. de just. et jure (1, 1.)

„*Jus naturale est, quod natura omnia anima-*
„*lia docuit, nam jus istud non humani generis*
„*proprium, sed omnium animalium,* quae in terra
„quae in mari nascuntur, avium quoque *com-*
„*mune est* etc. §. 4. *Jus gentium est, quo gen-*
„*tes humanae utuntur:* quod a naturali recedere
„facile intelligere licet: *quia illud omnibus ani-*
„*malibus, hoc solis hominibus inter se commu-*
„*ne est.*“

§. 18.

J. v. Müllers Commentar zu dieser Stelle.

Der beste Ausleger dieser Ulpian'schen Stelle ist

Johannes v. Müller, 24 Bücher allgemeiner Weltgeschichte, 1. Thl. S. 12. u. 13.

„Das Natur-Recht ist das Resultat unserer Ver-
„hältnisse zu der sichtbaren Welt, und besonders al-
„ler mit Empfindung begabten Wesen. Freilich be-
„greifen die meisten Menschen (in dem Wahn, daß
„sie bloß gegen ihres gleichen Verbindlichkeit haben)
„unter diesem Namen allein das, was nach Abzug
„aller persönlichen und localen Beziehungen jeder

„Mensch dem Andern überhaupt schuldig ist. Dieser „Theil des Natur-Rechts ist aber nicht sein ganzer „Umfang, obwohl natürlicher Weise für uns das In„teressanteste."

§. 19.

Nähere Beleuchtung dieser Ansicht.

Die römischen Rechts-Gelehrten erkannten daher ein Rechts-Verhältniß aller lebenden Wesen zu einander, und dieß nannten sie jus naturale, ein Theil desselben war das Rechts-Verhältniß aller vernünftigen lebenden Wesen zu einander, das jus gentium. Das heutige, nur die lebenden vernünftigen Wesen berücksichtigende Natur-Recht ist nur ein Theil dessen, was die römischen Rechts-Gelehrten jus naturale nannten, nämlich das von ihnen sogenannte jus gentium, oder das jus, quo omnes homines utuntur.

§. 20.

Verhältniß des juris naturalis und insbesondere des juris gentium zum jus civile.

Hierüber Gajus,

Comment. L. 1. (Ed. II. Göschen, p. 1.) vergl. §. 1. J. de J. N. (1, 2.)

auch in dem

Fr. 9. D. de justit. et jur. (1, 1.)

abgedruckt: „Omnes populi qui legibus et mori„bus reguntur, partim suo proprio, partim com„muni omnium hominum jure utuntur. *Nam „quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id „ipsius proprium jus civitatis est, vocaturque „jus civile.* Quod vero naturalis ratio inter om„nes homines constituit, id apud omnes gentes „peraeque custoditur, vocaturque jus gentium,

„quasi quo jure omnes gentes utuntur.“ Wenn nun aber hier Gajus sich des Ausdrucks bedient, daß alle Völker theils ihr ihnen eigenthümliches, theils das allgemeine Recht anerkennen, so ist diesem Ausdruck nicht die Deutung zu geben, als ob neben dem jus civile noch das jus gentium als zwey verschiedene neben einander bestehende Rechts-Normen anzusehen seyen, somit neben dem jus civile auch noch das jus gentium in Anwendung zu bringen seye.

§. 21.

Wahrer Sinn dieser Stelle.

Er wollte vielmehr damit gar nichts anders sagen, als was Ulpian,

Fr. 1. §. 1. D. de just. et jur. (1, 1.)

„Privatum jus *tripertitum* est: collectum est et-„enim ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut „civilibus.“ — und:

Fr. 6. D. ej. t.

„Jus *civile* est, *quod neque in totum a naturali „vel gentium recedit, nec per omnia ei servit:* „itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri „communi, jus proprium, id est civile efficimus.“ Daß nämlich das jus naturale und gentium zunächst die Quelle des juris civilis und dieses nichts anderes, als das jus naturale und gentium angewandt auf die örtlichen und persönlichen Beziehungen und Bedürfnisse jedes einzelnen Volks seye. Die einzelnen Modalitäten der Anwendung aber bilden nun das jus civile im besondern Sinne des Worts.



§. 22.

Schon von J. v. Müller erkannt.

Auch hier erscheint

Johannes v. Müller, a. a. O. S. 13.

als der beste Ausleger des Gajus und Ulpian: „Da weder alle Menschen die Geschicklichkeit und „den Fleiß haben, diese ersten Verhältnisse zu ergrün- „den, noch von der Gewalt ihrer Leidenschaften sich „erwarten läßt, daß sie unter verschiedenen Gesichts- „punkten, deren jede Sache fähig ist, den gemeinnü- „tzigsten zur stäten Richtschnur ihres Verhaltens „machen wird, so sind positive Gesetze erforderlich ge- „wesen, um den natürlichen durch wirksame Mittel „bey Zeiten gegen die Unwissenheit und den Eigen- „nutz die nöthige Stärke zu ertheilen. Die unend- „liche Verschiedenheit der Umstände vervielfältigte in „kurzem diese Gesetze, und gab ihnen eine ungemeine „Mannichfaltigkeit."

§. 23.

Jus gentium in einer anderen und engeren Bedeutung.

Allein jus gentium kommt auch noch in einer anderen und engeren Bedeutung als der des allgemeinen Rechts-Verhältnisses aller lebenden vernünftigen Wesen unter sich vor. So

§. 2. J. de J. N. (1, 2.)

mit welchem auch Hermogenian's

Fr. 5. D. de just. et jur. (1, 1.)

zu vergleichen ist. „Jus autem gentium omni hu- „mano generi commune est. Nam usu exigente, „et humanis necessitatibus, gentes humanae quae- „dam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt, „et captivitates secutae, et servitutes, quae sunt „naturali jure contrariae. Jure enim naturali om-

„nes homines ab initio liberi nascebantur." — Aber auch diese Bedeutung von jus gentium läßt sich wohl leicht auffassen, wenn wir bedenken, daß wo positive Gesetze wie bey einem einzelnen Volke zum Rechts-Schutz nicht hinreichten, und nicht anwendbar waren, unter allen Völkern durch gleiche Mittel der gleiche Zweck erreicht werden sollte. Durch die Rechtlosigkeit des Kriegs-Gefangenen als Sklaven sollte dem rechtlosen Zustande des Krieges vorgebogen werden. So heißt also jus gentium dasjenige, was unter allen Völkern als Rechts-Schutz gegen einen von den übrigen Völkern ihnen angedrohten rechtlosen Zustand galt. In diesem Sinne ist nun das jus gentium etwas aus dem jure gentium im weiteren Sinne des Worts Abgeleitetes. Letzteres bestimmte den Rechts-Zustand vernünftiger lebender Wesen überhaupt; ersteres den, in so weit sie sich in Stämme und Völker abgesondert hatten. Letzteres bestimmte den Rechts-Zustand als solchen an und für sich. Ersteres die Schutzmittel einzelner Völker in Beziehung auf den Rechts-Schutz gegen die übrigen. Wie sich daher das jus gentium im weiteren Sinne des Worts gegen das jus civile in Beziehung auf die in Ein Volk vereinigten verhält, so verhält sich dasselbe zum jus gentium im engern Sinne in Beziehung auf die verschiedenen Völker-Stämme, aber auch dieses ist Quelle des juris civilis.

§. 24.

Nähere Beleuchtung des Verhältnisses des juris naturalis und gentium zu dem jus civile.

Kein römischer Rechts-Gelehrter dachte je daran, etwas, was dem positiven römischen Rechte fremd war, etwa deßwegen als gültig anzuerkennen, weil

es dem jus naturale oder gentium gemäß seye. Aber die römische Rechts-Wissenschaft (im Sinne der französischen Jurisprudence) und das öffentliche Organ derselben, der Prätor, suchten wo möglich das jus naturale und das jus gentium mit dem jure civili auszugleichen. Denn im Gegensatze gegen erstere umfaßte das jus civile auch das jus praetorium und die responsa prudentum, welche nur wieder Unterarten des juris civilis im Gegensatze gegen das jus naturale und gentium bildeten.

§. 3. J. de J. N. (1, 2.)

§. 25.

Fortsetzung.

So wurde, wo die strenge buchstäbliche Anwendung des reinen positiven Rechts auf Ungereimtheiten, ja auf völlige Widersprüche mit dem jus naturale oder gentium geführt hätte, durch die aequitas naturalis — natürliche Billigkeit abgeholfen, d. h. das rein positive Recht wurde mit dem jus naturale oder gentium in Uebereinstimmung gesetzt. — Beispiele: die bonorum possessio, die actiones utiles, und die actiones in factum. Denn wie Billigkeit im heutigen Sinne des Worts nichts anderes als die Uebereinstimmung des Rechts mit dem Sitten-Gesetze bezeichnet, so die aequitas naturalis der Römer nichts anderes als die Uebereinstimmung des juris civilis mit dem juri naturali und gentium. Belege hiefür liegen unzählige vor. Viele führt Brisson

De verb. Signif. sub voce „*aequitas*“ u. „*aequum*“

an, noch weit mehrere aber ließen sich anführen, es mag aber an diesen wenigstens für den vorliegenden Zweck genügen. So verfuhren also die römischen Rechts-Gelehrten synthetisch, während die späteren

philosophirenden Juristen analytisch. Welche Methode übrigens der andern vorzuziehen sey? ist eine Frage: deren Beantwortung hier zu weit führen würde. — Nur eine Andeutung sey mir erlaubt: Was hat dem römischen Rechte durch alle späteren Jahrhunderte theils als Hülfsrecht, theils als raison ecrite, denn übersetzbar ist dieser Ausdruck nicht, die Bahn gebrochen? Ich möchte antworten — die streng folgerechte Synthesis wenigstens in seinen früheren blühenden Zeiten. Der Schluß von der Synthesis auf die Analysis aber liegt nahe.

Zweite Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit (*obligatio*) im Sinne des römischen Rechts überhaupt.

§. 26.

Was heißt obligatio im Sinne des römischen Rechts?

Daß es unmittelbare und mittelbare Pflichten gebe, und daß eine mittelbare Pflicht — Verbindlichkeit, Verbindlichkeit im engern Sinne des Worts aber eine mittelbare vollkommene Pflicht sey, haben wir bereits oben (§§. 8. 9. u. 11.) gesehen. Nun ist aber zu untersuchen: ob schon dem römischen Recht diese Eintheilung bekannt war? Daß nun die Römer eine aus dem Gesetz unmittelbar entspringende Verbindlichkeit eine obligatio genannt hätten, läßt sich nicht erweisen. Daß z. B. der Vater seine Kinder ernähre, die-

sen einen Pflichttheil hinterlasse, wird nirgends als obligatio des Vaters bezeichnet, sondern die Römer bedienten sich hier meistens der Zeitwörter „debet," „cogendus est," „necesse habet."

§. 27.

Officium — als Bezeichnung einer unmittelbaren Pflicht. Belege.

a) Cicero.

Doch gebrach es auch ihrer Sprache nicht an einem einzelnen, die unmittelbare Pflicht bezeichnenden Ausdruck. Ein solcher ist nämlich „officium." Ich führe als Belege an

a) Cicero, de officiis, L. I. cap. 3.

„Omnis de officio duplex est quaestio. Unum „genus est, quod pertinet ad finem bonorum: al-„terum, quod positum est in praeceptis, quibus in „omnes partes usus vitae confirmari possit. Su-„perioris generis hujusmodi exempla sunt: om-„niane officia perfecta sint? num quod officium „aliud alio majus sit, et quae sunt generis ejus-„dem? Quorum autem officiorum praecepta tra-„duntur, ea quamquam pertinent ad finem bono-„rum, tamen id minus apparet, quia magis ad in-„stitutionem vitae communis spectare videntur, de „quibus nobis his libris explicandum. Atque „etiam alia divisio est officii: nam et medium „quoddam officium dicitur et perfectum. Perfec-„tum officium rectum, opinor, vocemus, quod „Graeci κατόρθωμα, hoc autem commune καθῆκον „vocant. Atque ea sic definiunt, ut, rectum quod „sit, id perfectum officium esse definiant, medium „autem officium id esse dicant, quod, cur factum „sit, ratio probabilis reddi possit."

§. 28.

b) Seneca.

b) Seneca, de Beneficiis, L. III. cap. 18.

belehrt uns, daß schon seine Vorgänger zwischen beneficium, officium und ministerium auf folgende Weise unterschieden haben „ut *beneficium* esse dicerent, quod alienus det, qui potuerit sine reprehensione cessare: *officium* filii, uxoris et „aliarum personarum, quas necessitudo suscitet, „et ferre opem jubeat: *ministerium* servi, quem „conditio sua eo loco posuerit, ut nihil eorum, „quae praestet, imputet superiori." Denselben Unterschied zwischen beneficium und officium stellt er denn selbst

Controv. L. II. cap. 5.

auf: „Non est *beneficium* sed *officium*, facere quod „debeas, ut si filius patri dicat, se beneficium „dare."

§. 29.

c) Aulus Gellius.

c) Endlich noch

Aulus Gellius, Noct. Att. L. V. cap. 13.

„Seniorum hominum et Romae nobilium, atque in „morum disciplinarumque veterum doctrina memoriaque praestantium, disceptatio quaedam „fuit, praesente et audiente me, de gradu atque „ordine officiorum; quumque quaereretur, quibus „nos ex prioribus potioribusque facere oporteret, „si necesse esset in opera danda faciundoque of„ficio alios aliis anteferre, non constabat etc." — Doch es mag an diesen Stellen genügen, um zu beweisen, daß die Sprache der Römer einen einzelnen,

den Begriff einer unmittelbaren Verbindlichkeit bezeichnenden Ausdruck kannte.

§. 30.

Obligatio — im Gegensatz gegen officium.

Dagegen wurde, unerachtet wir eine Erklärung von „obligatio“ wenigstens aus den blühenderen Zeiten der römischen Rechts-Wissenschaft vermissen, und die Erklärung des Justinianischen Rechts

pr. J. de oblig. (3, 13.)

der sehr gerechte Tadel trifft, daß sie gerade das wesentliche Merkmal, wodurch sich die obligatio von dem officium unterscheidet, nicht angibt, das Wort „obligatio“ immer nur von einer solchen Pflicht gebraucht, welche nicht unmittelbar, sondern nur mittelst einer äußeren Begebenheit — einer That-Handlung oder eines That-Umstandes — also mittelbar aus dem Gesetze entspringt. Die Belege hiefür bietet

tot. tit. D. de V. O. et A. (44, 5.); tot. tit. J. de oblig. (3, 13.); quib. mod. re (3, 14.); de V. O. (3, 15.); de litt. oblig. (3, 21.); de cons. oblig. (3, 22.); de oblig. quasi ex contr. (3, 27.); de oblig. quae ex del. (4, 1.); de oblig. quae quasi ex del. (4, 5.).

Und somit entspricht also der Ausdruck „obligatio“ dem teutschen „Verbindlichkeit“ als einer mittelbaren Pflicht.

§. 31.

Obligatio in anderen Bedeutungen.

In welch verschiedenen Bedeutungen aber noch weiter das Wort „obligatio“ in den römischen Rechts-Büchern vorkomme, hat wohl am vollständigsten der Universitäts-Actuar Riedel in Göttingen ge-

zeigt,

zeigt, und es sey mir erlaubt, seinen Erfund, wie er in
v. Hugo, civil. Magazin, 5r Bd. S. 102—116.
eingerückt ist, hier abdrucken zu lassen.

§. 32.

Ausbeute der Forschung Riedels.

Obligatio.

„Im körperlichen, eigentlichen Sinne braucht das Corpus Juris unser Wort nicht. Bey Justin, 13, 7. und bey Firmicus Maternus findet sich linguae obligatio für den Zustand des Gebundenseyns, des Nichtgelöstseyns der Zunge."

„Hingegen in dem uneigentlichen oder figürlichen Sinne gibt es sechs verschiedene Hauptbedeutungen dieses Worts, da es in diesem Sinne nicht nur 1) die Begebenheit des Obligirens und 2) das daraus entstehende Verhältniß, sondern auch 3) die jene Begebenheit enthaltene Schrift bezeichnet, und dann in diesen drey Bedeutungen theils a) bey dem Obligiren einer Person, theils b) bey dem einer Sache gebraucht wird."

„I. Obligatio, für die obligatorische Begebenheit, für die Handlung des Obligirens genommen, heißt:

A. Das Obligiren einer Person, namentlich als Kunstwort, diejenige Begebenheit, woraus eine Forderung entsteht, z. B. ein Contract."

„Est autem gravior et difficilior animi et sententiae.... pro altero, quam pecuniae *oo*, Cic. *ad Brut.* 18. — Labeo definit, ... esse ... contractum ultro citroque *oonem* fr. 19. D. 50, 16. — Omnem *oonem* pro contractu habendam existimandum est fr. 20. D. 5, 1. — Ab emtione, venditione, locatione, conductione, ceterisque similibus *oonibus* fr. 58. D. 2, 14. — In his autem promissionibus, vel legatis, vel aliis *oonibus* const. 7. §. 6 C. 7, 39. — Nullum esse contractum, nullam *oonem*, quae non habeat in se conventionem fr. 1. §. 3. D. 2, 14."

„Nemo est, qui nesciat, alienas operas promitti posse, et fidejussorem adhiberi in ea *oone* fr. 5. D. 45, 2. — Adjicere aliquid *ooni* §. 11. I. 3, 19. (20.) — fr. 1. §. 3. D. 45, 1. — Licet significes, adjectum esse in *oone* c. 3. C. 8, 41. — Ex testamento potius agere, quam ex pristina *oone* fr. 11. D. 34, 3. — Ex hujusmodi *oonibus* actionem denegari fr. 27. pr. D. 45, 1. — Nudi consensus *oo* fr. 55. D. 50, 17. — Consilii non fraudulenti nulla *oo* est fr. 47. pr. D. 50, 17. — Ex *oone* conveniri Paul. S. R. 2, 13, 9. — In qua *oone* . . . . convenit fr. 21. pr. D. 20, 4. — Ex *oone* deberi §. 1. *I.* 3, 16. (17.) — fr. 48. pr. D. 23, 3. — Deducere aliquid in *oonem* §. 2. *I.* 3, 19. (20.) — fr. 17. D. 8, 1. — fr. 1. §. 8. D. 44, 7. — fr. 56. §. 6. D. 45, 1. — fr. 75. §. 1. 3. 6. et 8. et fr. 109. D. eod. — fr. 14. pr. D. 46, 2. — fr. 95. pr. D. 46, 3. — *Oo*, quae duos reos fecit fr. 9. §. 1. D. 45, 2. — *Oonem*, pactionem fecerunt fr. 20. D. 48, 10. — Infirmare *oonem* fr. 136. pr. D. 45, 1. — Societatem coire ad *oonem* innocentium fr. 1. §. 1. D. 48, 10. — Inventae sunt hujusmodi *oones* ad hoc §. 19. *I.* 3, 19. (20.) et fr. 38. §. 17. D. 45, 1. — Judicati velut *oo* fr. 3. §. 11. D. 15, 1. — Juris *oo* fr. 34. §. 1. D. 34. 2. — *Oonis* jure const. 3. C. 2, 4. Lex *oonis* fr. 108. D. 46, 3. — De literarum *oonibus* Rubr. *I.* 3, 21. (22.) — Debitum in literarum *oonem* transferre const. 6. C. Th. 2, 4. — Eodem genere *oonis* obligari fr. 8. §. 14. D. 16, 1. — Post *oonem* fr. 28. D. 42, 5. — Posterior *oo* fr. 125. D. 50, 16. — Nudus consensus sufficit *ooni* fr. 52. §. 9. D. 44, 7. — Ante tempus pactionis vel *oonis* §. 9. (10.) *I.* 4, 13. — Tenet *oo* §. 20. *I.* 3, 19. (20.) — fr. 9. §. 1. D. 24, 1. — Teneri te ex ea *oone* c. 8. C. 4, 26. — In *oonem* venire fr. 21. D. 45, 1. — Nisi proprie quid in persona eorum verbis *oonis* expressum est fr. 2. §. 12. D. 50, 8. — In verborum *oonibus* alius stipulatur, alius promittit. §. 3. *I.* 3, 22. (23.) — Cessante verborum *oone* *I.* 3, 21. (22.) — Verborum *oonem* concipere §. 12. *I.* 3, 19. (20.) — Verborum *oo* constat. fr. 3. §. 2. D. 44, 7. — Ut omnis sermo contineat verborum *oonem* fr. 1. §. 6. D. 45, 1. — Verborum *oonem* contrahere. Paul S. R. 5, 7, 2. — const. 3. C. 8, 39. — c. 12. C. 8, 41. — Ex verborum *oone* deberi §. 1.

I. 3, 29. (30.) — Verborum *oonem* exstinguere c. 7. C. 7, 45. — Verborum *oo* intercedit c. 6. C. 5, 12. — c. 4. C. 5, 14. — Cod. Hermog. 4, 1. et Consultatio 4. — Si omissa verborum *oo* est c. 6. C. 2, 4. — Mutum nihil pertinere ad verborum *oonem* fr. 1. §. 14. D. 44, 7. — Ex verborum *oone* quaerere actionem c. 3. C. 4, 64. — Verborum *oo* resolvitur fr. 107. D. 46, 3. — Verborum *oonem* tollere fr. 8. §. 3. D. 46, 4. — fr. 35. D. 50, 17. — Transire in verborum *oonem* ex quacumque *oone* fr. 2. D. 46, 2. — Species vel quantitas, quae in *oone* versatur fr. 6. D. 12, 1. — In utraque tamen *oone* una res vertitur §. 1. *I.* 3, 16. (17.) — Vim *oonis* non habere fr. ult. D. 22, 3. — Nisi .... vim acceperit *oo* fr. 141. §. 7. D. 45, 1. — Vitiare *oonem* fr. 1. §. 1. et 3. et fr. 65. pr. D. 45, 1."

„B. Die Obligirung einer Sache, oder die Verpfändung."

„Adsentire venditioni vel *ooni* fr. 5. §. 11. D. 27, 9. — Antecedens *oo* c. 22. C. 8, 45. — Bonorum *oo* c. 2. C. 7, 73. — *Oonem* pignorum cessare fr. 34. §. 1. D. 20, 1. — Consensum *ooni* dare fr. 26. §. 1. D. 20, 1. — Consentire *ooni* c. 5. C. 4, 29. — *Oo* consistit c. 7. C. 3, 38. — *Oonem* pignoris non consistere c. 6. C. 8, 17. — Desiderata est alienatio vel *oo* fr. 5. §. 13. D. 27, 9. — Dissimulata *oone* fr. 3. §. 1. D. 47, 20. — *Oo* generalis fr. 6. et 8. D. 20, 1. c. 6. C. 8, 18. — Non solum hujusmodi *oone*, sed etiam .... alio quolibet modo rebus alienatis c. 12. C. 5, 16. — *Oo* insecuta est c. 13. C. 5, 16. — Interdicere alienationem vel *oonem* pr. *I.* 2, 8. — *Oonem* interponere fr. 12. §. 1. D. 20, 5. — Si pignoris *oo* aut venditio ab herede intervenerit c. 3. C. 6, 54. — Justa *oo* c. 1. C. 8, 23. — Nec pignoris *oonem* locum habere fr. 3. D. 15, 4. — *Oone* rite perfecta c. 4. C. 9, 34. — In *oone* pignoris sibi prospexit c. 2. C. 11, 29. — Cum sine *oone* pignoris pecuniam mutuo dedisset c. 9. C. 7, 32. — Generalem conventionem sufficere ad *oonem* pignorum fr. 29. pr. D. 20, 1. — Posterior *oo* c. 1. C. 9, 34. — Praecedente emtionem *oone* c. 10. C. 4, 31. — Prior *oo* fr. 21. pr. D. 20, 4. — Sub *oonibus* pecuniam

eredere c. 2. C. 6, 31. — Sub *oone* fundi fr. 28. §. 1. D. 16, 1. — fr. 5. §. 10. D. 27, 9. — Tempore *oonis* c. 7. C. 4, 24. — Valet *oo* fr. 7. §. 5. et 6. D. 27, 9."

„II. Obligatio, für den aus der Obligirung entstandenen Zustand genommen, ist also:

A. Der aus der Obligirung einer Person entstandene Zustand, oder das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner (die obligatio personalis, wie sie fr. 11. D. 20, 6. im Gegensatze von der obligatio pignoris genannt wird), und zwar von beiden Seiten."

„1. Von Seiten des Gläubigers, oder das Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner."

„Adquirere *oonem* pr. (§. 1.) *I.* 3, 10. (11.) — §. 4. *I.* 3, 19. (20.) — *I.* 3, 28. (29.) in der Rubrik. — fr. 9. §. 8. D. 12, 1. — fr. 5. §. ult. D. 13, 5. — fr. 11. §. 1. D. 22, 1. — fr. 46. pr. D. 23, 3. — fr. 56. §. 2. et fr. 95. D. 45, 1. — fr. 126. §. 2. eod. zweimal. — fr. 141. §. 3. eod. — fr. 1. §. 2. fr. 2. et fr. 28. pr. D. 45, 3. — fr. 22. D. 46, 3. — fr. 5. D. 46, 6. — const. 1. C. 3, 32. — const. 1. C. 4, 27. — *Oo* adversus aliquem fr. 9. §. 3. D. 12, 2. — fr. 21. §. 2. D. 46, 1. zweimal. — fr. 8. §. 4. D. 46, 4. — *Oonis* capax fr. 12. D. 45, 3. — fr. 98. §. 7. D. 46, 3. — *Oo* communis fr. 34. §. 1. D. 46, 3. — *Oonem* comparare fr. 2. §. 5. D. 12, 2. — *Oo* alicui competit c. 30. C. 4, 65. — alicui et adversus aliquem fr. 31. §. 3. D. 21, 2. — *Oones* concedere fr. 21. D. 50, 16. — Non est novum, ut duae *oones* in ejusdem persona de eadem re concurrant fr. 10. D. 19, 1. — In den folgenden Worten dieser Stelle werden obligatio und actio gleichbedeutend gebraucht. — Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur *oo?* fr. 93. pr. D. 46, 3. — *Oones*, quas adeundo confudit, non restituuntur. fr. 29. §. 1. D. 49, 14. — *oones* confusas non resuscitari fr. 29. §. 2. eod. — *Oo* contra aliquem fr. 47. pr. D. 46, 1. — Redire in *oonem* creditorum fr. 30. D. 44, 7. — *oo* cum aliquo fr. 21. §. 2. D. 46, 1. — Filius

paciscendo aut debitum accipiendo, nihil detrahit patris *ooni* c. 23. C. 2, 3. — In Lege Falcidia hoc esse servandum, Julianus ait, ut, si . . . duo rei stipulandi fuerint, ... dividi inter eos debere *oonem* fr. 62. pr. D. 35, 2. — *Oonem* habere fr. 5. in f. D. 46, 1. — *Oo* in aliquem fr. 21. §. 3. et fr. 72. D. 46, 1. — A persona heredis *oo* incipere non potest. Caji Inst. II, 9, 7. — ut incipiat quidem contra morientem *oo*, immineat autem heredibus ejus c. ult. pr. C. 8, 38. — Jus *oonis* incorporale est. §. 2. I. 2, 2. et fr. 1. §. 1. D. 1, 8. — jus *oonis* sibi quaerere c. 2. C. 4, 2. — in alium transferre c. un. C. 8, 27. et c. 5. C. 8, 43. — vendere fr. 5. §. 2. D. 20, 6. — *Oo* legata fr. 34. pr. D. 32. — suam *oonem* novare fr. 3. fr. 4. et fr. 16. D. 46, 2. — Paratam *oonem* exercere c. 2. C. 8, 38. — tollere c. 17. C. 8, 43. — Quia in causam dotis particeps et quasi socia *oonis* patri filia esset fr. 34. §. 6. D. 46, 3. — Alter debitum accipiendo, ... omnium perimit *oonem* §. 1. I. 3, 16. (17.) — unius acceptilatione perimi utriusque *oonem*. fr 31. §. 1. D. 46, 2. — Non solum hereditarias actiones, sed etiam eas *oones*, quas ipse heres constituit, dicendum erit, praestari emtori debere fr. 2. §. 8. D. 18, 4. — adversus ipsum *oonem* debet praestare. fr. 64. §. 4. D. 24, 3. — Quaerere alicui *oonem* fr. 126. §. 2. D. 45, 1. — c. un. C. 4, 36. — c. 19. C. 5, 12. — c. 3. C. 7, 60. — Restituere alicui *oonem* fr. 8. §. 11. D. 16, 1. — alicui tt. adversus aliquem fr. 8. §. 2. eod. — ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive *oones* fr. 10. §. 22. D. 42, 8. — Petitione, acceptilatione unius, tota solvitur *oo* fr. 2. D. 45, 2. — Non alterius nomine ei solvitur, sed suae *oonis* fr. 128. D. 45, 1. — Si reus stipulandi, exstiterit heres rei stipulandi duas species *oonis* sustinebit fr. 5. in f. D. 46, 1. (f. auch) fr. 13. in f. D. 45, 2. — In heredes transit *oo* fr. 76. pr. D. 45, 1. — Imo et causa naturalium *oonum* transit fr. 40. pr. D. 36, 1. — Multum interest, sub conditione aliqua *oo* veneat, an, cum ipsa *oo* sub conditione sit, pure veneat fr. 19. D. 18, 4. — quanti ea spes *oonis* venire possit fr. 73. §. 1. D. 35, 2. — Eodem modo vinculum *oonum* solvitur, quo quaeri adsolet fr. 46. D. 41, 2."

„2. Von Seiten des Schuldners, oder die Pflicht des Schuldners gegen den Gläubiger."

„*Oo* tua adversus me fr. 36. D. 12, 1. — Dare quis hypothecam potest, sive pro sua *oone*, sive pro aliena. fr. 5. §. 2. D. 20, 1. — Pro aliena *oone* se illigare c. 22. C. 4, 29. — Alienam *oonem* recipere fr. 8. §. 1. D. 16, 1. — resolvere c. 1. C. 5, 75. — suscipere fr. 2. §. 5. et fr. 13. pr. D. 16, 1. — c. 1. c. 16. et c. 18. C. 4, 29. — *Oo* coheredis fr. 49. §. 1. D. 46, 1. — Confunditur *oo* fr. 21. §. 4. D. 46, 1. — fr. 39. §. 1. 2. et 3. D. 46, 3. — *Oo* debitoris fr. 18. §. 1. et fr. 31. §. 3. D. 39, 6. — *Oo* fidejussoris fr. 21. D. 46, 1. — *Oonis* onus fr. 67. D. 3, 3. — fr. 48. §. 1. D. 46, 1. — Cum ex duobus ... ejusdem *oonis* participibus uni accepto fertur fr. 16. pr. D. 46, 4. — *Oo* rei (d. h. debitoris) fr. 5. D. 46, 1. — fr. 95. §. 3. D. 46, 3. — *Oonem* suscipere fr. 3. D. 12, 7. — fr. 50. §. 2. D. 15, 1. — fr. 19. §. 2. D. 16, 1. — fr. 45. §. 2. D. 17, 1. — fr. 9. §. 1. D. 45, 2. — c. 5. C. 4, 2. — c. 10. C. 4, 35."

„3. In den allermeisten Stellen, in welchen obligatio das Rechts-Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner heißt, wird es nicht ausschließend bloß von der einen Seite des Verhältnisses genommen, z. B.

„Aditione hereditatis confunditur *oo* fr. 59. pr. et fr. 80. D. 36, 1. — fr. 71. pr. D. 46, 1. — fr. 95. §. 2. D. 46, 3. — *Oones* aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. §. 2. I. 3, 13. (14.). — *Oones* aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut . . . ex variis causarum figuris fr. 1. pr. D. 44, 7. — Si quis tutelam . . . . . vel quid aliud, unde *oo* oritur, . . . administravit fr. 19. §. 1. D. 5, 1. — Verba, ex quibus *oo* oritur fr. 126. §. 2. D. 45, 1."

„In sehr vielen Stellen fließen die beiden Bedeutungen, der Obligirung und des daraus entstandenen Verhältnisses, wegen der wesentlichen Beziehung, in welcher diese beiden Begriffe zu einander stehen, und da auch selbst das Verhältniß obligirend ist, so in einander, daß

sie beide gleich gut oder zusammen angenommen werden können. Z. B.

Oo est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae pr. I. 3, 13. (14.) — *Oonum* substantia . . . in eo consistit, ... ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid etc. fr. 3. pr. D. 44, 7. — *Oonem* contrahere §. 2. I. 2, 8. — pr. I. 3, 14. (15.) — pr. et §. 1. I. 3, 15. (16.) — §. 1. I. 3, 21. (22.) — §. 18. et 23. I. 3, 19. (20.) — §. 1. I. 3, 20. (21.) — §. 1. I. 3, 22. (23.) — §. 4. I. 3, 29. (30.) — Ab *oone* discedere fr. 30. D. 46, 2. — Dissolvere *oonem* §. 1. I. 3, 29. (30.) — §. 3. I. 4, 13. — fr. 89. pr. D. 46, 3. — Evanescit *oo* c. 5. C. 8, 43. — Exstinguitur *oo* fr. 82. pr. D. 30. — fr. 21. §. 1. D. 34, 3. — fr. 9. §. 2. D. 40, 7. — fr. 3. pr. D. 42, 6. — fr. 140. §. 2. D. 45, 1. — Solvitur *oo* §. 1. I. 3, 29. (30.) — fr. 6. §. 1. D. 18, 1. — fr. 28. §. 6. et fr. 31. §. 4. D. 34, 3. — fr. 80. D. 46, 3. — Solutio *oonis* fr. 54. §. 1. D. 45, 1. — Libertus *oone* solvitur fr. 23. D. 38, 1. — PAULI S. R. II. 32, 1."

„Zu bemerken sind auch die Ausdrücke: acceptam facere *oonem* fr. 12. §. 2. D. 23, 4. et accepto ferre *oonem* fr. 43. §. 1. D. 23, 3. — c. 15. D. 8, 41. Acceptum oder accepto facere u. ferre wird nämlich sonst gewöhnlich von der Sache, die man zu fordern hat, gebraucht. Indessen kommt doch auch accepto ferre stipulationem vor, und wir sagen ja auch im Deutschen: Forderungen eintreiben, Schulden bezahlen u. s. w."

„Endlich ist besonders auch der Sprachgebrauch merkwürdig, wornach man glauben könnte, auch die Sache, die jemand schuldig ist, sey obligirt. Hieher gehören folgende Stellen:

In *oone* consistere fr. 9. §. 2. D. 40, 7. — Dos in *oone* constituta c. 1. Cod. Greg. II. 5. — Residua centum durabunt in *oonem* fr. 82. D. 35, 2. — In *oone* esse fr. 10. D. 13, 4. — fr. 112. pr. D. 45, 1. — fr. 14. pr. D. 46, 2. — In *oone* manere fr. 11. §. 1. D. 31. — fr. 24. D. 34, 3. — fr. 13. §. 6. D. 46, 4. — In *oone* remanere fr. 34. §. 2. D. 34, 2. — fr. 9. §. 1. et fr. 98. §. 5. D. 46, 3. — In *oonem* revocare fr. 83. §. 5. D. 45, 1. — Hieher gehören auch die Ausdrücke: obligatio debiti im

fr. 15. D. 49, 15. — dotis fr. 66. §. 5. D. 24, 3. — legati fr. 82. D. 30. — nominis fr. 34. pr. D. 32. — operarum fr. 15. §. 1. fr. 34. fr. 41. D. 38, 1. et fr. 13. pr. D. 46, 4. — pecuniae fr. 126. §. 2. D. 45, 1. CICERO *ad Brutum*. 18. — poenae c. 2. C. Th. 2, 33. et fr. 56. pr. D. 47, 2. — solidi fr. 1. §. 20. D. 14, 1. — sortis fr. 18. §. 3. D. 13, 5. ususfructus fr. 5. D. 7, 1. — usurarum fr. 40. D. 12, 1. et fr. 8. D. 13, 4. ꝛc. Damit hängt noch zusammen, daß auch die Ausdrücke solvere, solutio etc. nicht bloß von der obligatio selbst und von den Personen bey derselben (auch vom Gläubiger s. z. B. fr. 31. pr. D. 12, 1.), sondern auch von diesem entfernten oder mittelbaren Gegenstande der obligatio gebraucht werden."

„B. Der aus der Verpfändung entstandene Zustand, oder das Verhältniß zwischen dem Pfand-Gläubiger und der verpfändeten Sache; und zwar auch wieder:

„1. Von Seiten des Pfand-Gläubigers, das Recht des Pfand-Gläubigers an der verpfändeten Sache, das Pfand-Recht."

„Adquirere pignoris *oonem* u. *oonem* schlechtweg. fr. 11. §. 6. D. 13, 7. — *Oonem* pignoris amittere c. 6. C. 8, 26. — Pignoris *oonem* habere fr. 3. pr. D. 27, 9. et fr. 35. §. 1. D. 39, 5. — *Oonem* habere fr. 12. §. 12. D. 49, 15. — De jure *oonis* pignorum agere c. 9. C. 8, 41. — Exequi jus *oonis* pignorum c. 8. C. 4, 55. — Pignoris *oonem* quaerere c. 16. C. 8, 14. — *Oonem* quaerere c. 1. C. 8, 21. — *Oo* tua c. 4. C. 8, 17."

„2. Von Seiten der verpfändeten Sache, oder der Zustand des Verpfändetseyns."

„Fundum in *oonem* dare u. deducere fr. 30. §. 1. D. 44, 2. — Pignora in *oonem* deducta c. 2. C. 4, 35. — Item liberatur pignus, ... si qua ratione *oo* ejus finita est fr. 6. pr. D. 20, 6. — *Oo* inhaesit fr. 2. D. 27, 9. — Cum . . . pignus ab *oone* liberatum sit c. 1. C. 8, 28. — In veterem *oonem* reverti fr. 12. §. 12. D. 49, 15. — Bona . . . . in *oonem* venire c. 4. C. Th. 3, 17. et c. 2. C. 5, 35."

„3. Von beiden Seiten.

„*Oonem* pignoris constituere c. 4. C. 8, 26. — *Oonem* pignoris contrahere fr. 4. D. 20, 3. — c. 2 C. 8, 26. — Dissolvere *oonem* c. 10. C. 8, 26. — pignoris *oonem* c. 2. C. eod. et fr. 69. D. 46, 3. — Pignoris *oonem* durare fr. 7. §. 6. D. 24, 1. — *Oo* semel extincta instaurari non potest c. 9. C. 8, 26. — Videtur finita esse pignoris *oo* fr. 24. pr. D. 13, 7. — Manent omnes *oones* integrae fr. 5. §. 2. D. 20, 6. — Pignoris *oo* obligatur fr. 23. §. 1. D. 20, 1. — Pignoris atque fiduciae *oo* perseveret c. 9. C. Th. 15, 14. — Pignoris *oonem* remittere fr. 11. D. 20, 6. c. 1. C. 8, 26. In den meisten von diesen Stellen kann obligatio auch die Verpfändung heißen."

„III. Obligatio heißt auch die Schrift, worin die obligatorische Begebenheit enthalten ist, und zwar

A. die die Obligirung einer Person enthaltende Schrift."

„Sin vero suam manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac *oone* causetur c. 1. §. 3. C. Th. 2, 27. — *Oonem* repetere c. 7. C. 4, 30. — Man könnte etwa auch das condicere obligationem im fr. 1. pr. D. 12, 7. hieher rechnen. Indessen will dieser Ausdruck wohl dasselbe sagen, was agere oder condicere, ut obligatio accepto fiat, oder ut liberer per acceptilationem und ähnliche s. z. B. fr. 3. D. 12, 7. — fr. 46. pr. D. 23, 3. — fr. 3. §. 3. D. 34, 3. — c. un.. C. 2, 5. — c. 15. C. 8, 41. Tabulae *oonis* c. 6. C. 8, 41.

B. Der Pfandbrief.

Oo praediorum. Vielleicht gehört hieher auch fr. 28. D. 48, 10. Si a debitore, praelato die pignoris, *oo* mentiatur, falsi crimini locus est."

§. 33.

Obligatio als besonderes Rechts-Verhältniß.

Da aber, wo von dem Rechte der Verbindlichkeiten, d. h. von dem besondern aus Verbindlichkeiten entspringenden Rechts-Verhältniß die Rede ist, bezeichnet „obligatio" immer nur das auf eine Bege-

benheit gegründete Verhältniß zwischen mehreren Personen, wonach einer dem andern oder jeder dem andern etwas Bestimmtes zu leisten, zu geben, oder zu thun verpflichtet ist.

§. 34.

Eintheilung der Verbindlichkeiten im engeren Sinne des Worts (obligationum juris civilis).

Ueber die Eintheilung der Verbindlichkeiten des positiven Rechts scheinen sich die römischen Rechts-Gelehrten nicht vereinigt zu haben. Noch Gajus

Fr. 1. pr. D. de O. et A. (44, 7.)

kennt nur „obligationes ex contractu aut ex ma-„leficio, aut proprio quodam jure ex variis causa-„rum figuris," unter welchen er also alle andern begreift. Modestins

Fr. 42. D. ej. tit.

unlogischer Eintheilung will ich nur kurz erwähnen. Doch scheint Gajus

Fr. 5. D. ej tit.

zu der nachherigen Eintheilung des Justinianischen Rechts,

§. 2. J. de O. (3, 13.)

in a) obligationes ex contractu, Verbindlichkeiten aus Verträgen, d. h. einer freyen Uebereinkunft Mehrerer über ein bestimmtes Rechts-Verhältniß;

b) obligationes ex quasi contractu — Verbindlichkeiten aus einseitigen, übrigens in der Absicht des Verbindlichmachens oder des Verbindlichwerdens unternommenen Thathandlungen;

c) obligationes ex $\frac{\text{delicto}}{\text{maleficio}}$ — Verbindlichkeit aus unerlaubten Thathandlungen, welche als Verbrechen oder Vergehen erscheinen; und

d) obligationes ex quasi $\frac{\text{delicto}}{\text{maleficio}}$ — Verbindlichkeiten aus einseitigen an und für sich nicht unerlaubten, und nicht in der Absicht des Verbindlichmachens oder Verbindlichwerdens unternommenen Thathandlungen, — den Grund gelegt zu haben.

Dritte Abtheilung.

Von der natürlichen Verbindlichkeit (*naturalis obligatio*) im Sinne des römischen Rechts.

§. 35.

Begriff des römischen Rechts von der naturalis obligatio.

a) Paulus.

Ueber naturalis obligatio finden wir mehrere Erklärungen, nämlich a) von Paulus

Fr. 10. D. de O. et A. (44, 7.)

„*Naturales* obligationes non eo solo aestimantur, „*si actio aliqua earum nomine competit:* verum „etiam eo, *si soluta pecunia repeti non possit.*“

§. 36.

b) Julian.

b) Von Julian

Fr. 16. §. 4. D. de fidej. et mand. (46, 1.)

„Naturales obligationes non eo solo aestimantur, „*si actio aliqua earum nomine competit:* verum „etiam *cum soluta pecunia repeti non potest.* „Nam licet minus proprie debere dicantur natura-

„les debitores: per abusionem intelligi possunt de-
„bitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debi-
„tum sibi recepisse.“

§. 37.

c) Theophilus der Paraphrast.

c) Von dem Paraphrasten und sehr wahrscheinlichen Mitarbeiter an der Justinianischen Gesetzgebung Theophilus

Paraphr. Instit. L. II. tit. 20. §. 1. Ed. Reitz, Tom. II. p. 663.

„Τῶν ἐπερωτήσεων ἁι μὲν
„ἐισι πολιτικαὶ, ἁι δὲ Φυσι-
„καὶ, πολιτικαὶ μὲν, ἐξ ὧν
„τίκτονται ἁι ἀγωγαὶ, ἁὶ κι-
„νούμεναι κατὰ τοῦ ἐνόχου
„γενομένου, καταδικάζεσθαι
„ἀυτὸν κατασκευάζουσι· καὶ
„καταβολὴ γινομένη ἐξ
„ἀυτῶν ὀυκ ἐπιδέχεται ῥε-
„πετιτίωνα· ἐι γὰρ ἄκων ὁ
„γενόμενος ὑπέυθυνος ἀπαι-
„τεῖται, καταβαλὼν ὀυ δυ-
„νήσεται ῥεπετιτεύειν· Φυ-
„σικαὶ δέ ἐισιν, ἅιτινες ὀυ-
„δὲ ἀγωγὴν τίκτουσιν, ὀυδὲ
„καταδίκην ἐπάγουσι· δύο
„μέντοι γνωρίσματά ἐστιν ἐυ-
„ρεῖν ἐν ἀυταῖς τὸ τὴν κατα-
„βολὴν γινομένην μὴ ἐπιδέ-
„χεσθαι ῥεπετιτίωνα etc.“
(Die Fortsetzung beim §. 91.)

„Stipulationum aliae
„sunt *civiles*, aliae *na-*
„*turales: civiles* qui-
„dem, *ex quibus actio-*
„*nes nascuntur, quae*
„*adversus obligatum*
„*motae efficiunt, ut con-*
„*demnetur: ac solutio*
„*ex iis facta repetitio-*
„*nem haud recipit:* nam
„si a reo invito quid ex-
„igitur, is solvens repe-
„tere non poterit. *Natu-*
„*rales* autem sunt, *quae*
„*neque actionem pari-*
„*unt, neque condemna-*
„*tionem inferunt.* Duo
„tamen insignia in his
„invenire licet, sc. *quod*
„*solutio facta repetitio-*
„*nem non recipiat.*“

Befremdend scheint zwar, daß Theophilus in dieser Stelle sich des Ausdrucks ἐπερώτησις „stipulatio“ statt ἐνοχή „obligatio“ bedient hat. Allein daß er sich des Worts ἐνοχή bedienen wollte, ist schon aus dem ganzen Zusammenhange, sodann aber auch noch aus dem Verfolge dieser Stelle (vergl. unten §. 91.), wo er sich des Ausdrucks ἐνοχή wirklich bedient, klar. Auch ist die Verwechslung beider Ausdrücke und der hieraus entstandene Schreibfehler sehr erklärlich und verzeihlich, wenn man erwägt, daß Theophilus kaum vorher den Titel de inutilibus stipulationibus paraphrasirt hatte, ihm somit das Wort ἐπερώτησις sehr geläufig war.

§. 38.

Nähere Beleuchtung dieser Stellen.

Schon Paulus und Julian belehren uns nun, daß die römischen Rechts-Gelehrten eine obligationem nur dann naturalem nannten, wenn sie irgend eine Wirkung in Beziehung auf das positive Recht hatte, sey es nun, daß diese Wirkung die volle, daß der Abtrag der Verbindlichkeit auch mittels einer Klage gefordert, oder nur eine beschränkte seye, wonach nur der freiwillig geleistete Abtrag nicht mehr zurückgefordert werden kann. Schon aus diesen Stellen aber können wir uns die wichtige Lehre entnehmen, daß das römische Recht eine nichtige Verbindlichkeit d. h. eine solche, welche lediglich keine rechtlichen Folgen hatte, mit dem Ausdruck „naturalis obligatio“ nicht beehrte, sondern daß die — wenn auch beschränkte — positiv rechtliche Wirksamkeit ein wesentliches Merkmal der naturalis obligatio im Sinne des römischen Rechts ist.

§. 39.

Fortsetzung und Erklärung des Fr. 84. §. 1. D. de R. J. (50, 17.)

Damit stimmt nun auch der, die verschiedenen Arten der naturalis obligatio nach folgendem Schema

Naturalis obligatio sensu latiori
est
aut civilis
aut naturalis sensu strictiori

logisch classifizirende Theophilus überein: Er nennt nämlich diejenige Art der naturalis obligatio im Sinne Paulus und Julians, welcher die volle Wirksamkeit zukommt, obligatio civilis, diejenige aber, welcher nur die beschränkte — obligatio naturalis sensu strictiori, in specie, oder κατ' ἐξοχήν. Wesentliches Merkmal der obligatio civilis ist ihre Klagbarkeit und die hierdurch herbeizuführende Nöthigung des Verbindlichen zu Leistung des Abtrags. Wesentliches Merkmal der obligatio naturalis in specie ist, daß der freiwillillig geleistete Abtrag nimmer zurückgefordert werden kann. Klar wird uns nun auch die Stelle Ulpians

Fr. 84. §. 1. D. de R. J. (50, 17.)

„Is *natura* debet, quem *jure gentium* dare oportet, cujus fidem secuti sumus," denn daß Ulpian hier die obligatio naturalis in specie (welche ich künftig immer nur obligatio naturalis nennen werde) im Auge hatte, unterliegt wohl keinem Zweifel, und in Beziehung auf diese behauptet er, daß, wenn gleich der Verbindliche nach positivem Recht zu Leistung des Abtrags nicht angehalten werden könne, dennoch in Beziehung auf den allgemeinen Rechts-

Begriff und das allgemeine Rechts-Gefühl eine innere Nöthigung vorliege.

§. 40.

Fortsetzung und nähere Beleuchtung des Fr. 16. §. 4. D. de fidej. et mand. (46, 1.) der Fr. 10. und 118. D. de V. S. (50, 16.)

Ganz richtig bemerkt daher auch Julian (§. 36.): daß man die naturales debitores, d. h. die debitores ex naturali obligatione (das Wort debitor natürlich hier im allgemeinsten Sinne des Worts — als jeden Verbindlichen bezeichnend, wie dessen Gegensatz, creditor von Gajus

Fr. 11. D. de V. S. (50, 16.)

„*Creditorum* appellatione non *hi tantum* accipiun-„tur, *qui pecuniam crediderunt: sed omnes,* „*quibus ex qualibet causa debetur*“ genommen) den debitoribus im engern und strengern Sinne des Worts, in welchem es z. B. Modestin gebraucht

Fr. 108. D. de V. S. (50, 16.)

„*Debitor* intelligitur *is, a quo invito exigi pecu-*„*nia potest*“ nicht beizählen könne, sondern daß solche nur debitores im weiteren Sinne des Worts (abusive) genannt werden können; und das Gleiche behauptet im Gegensatze Ulpian

Fr. 10. D. ej. t.

„Quodsi *natura* debeatur, non sunt *creditores*“ nämlich im engern und strengern Sinne des Worts, welcher hier offenbar aus Julians obiger Stelle (§. 36.) zu erläutern ist.

§. 41.

Ist eine Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann, eine obligatio civilis?

Eine besondere Untersuchung verdient nun die Frage: ob eine Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann, als obligatio civilis angesehen werden könne? darüber Paulus

Fr. 112. D. de R. J. (50, 17.)

„Nihil interest, ipso jure quis actionem *non ha-* „*beat, an per exceptionem summoveatur*" mit welchem auch Ulpian

Fr. 10. D. de V. S. (50, 16.)

„Creditores accipiendos „esse constat eos, qui- „bus debetur ex quacum- „que actione, vel per- „secutione vel jure civili, „*sine ulla exceptionis* „*perpetuae remotione* „vel honorario vel ex- „traordinario" — und Paulus

Fr. 55. D. de V. S. (50, 16.)

„Creditor autem est is, „qui exceptione perpe- „tua summoveri non „potest" —

Fr. 42. §. 1. de O. et A. (44, 7.)

„Creditores (nämlich im „engern und strengern „Sinne des Worts §. 40.) „eos accipere debemus, „qui aliquam actionem „vel civilem habent, (*sic* „*tamen, ne exceptione* „*summoveantur*, vel ho- „norariam (actionem) „vel in factum." Julian

Fr. 66. D. de R. J. (50, 17.)

„Marcellus: desinit de- „bitor esse is, qui nactus „est exceptionem ju- „stam, nec ab aequitate „naturali abhorrentem."

übereinstimmen. Allein auf der andern Seite ist auch wieder wohl zu erwägen, daß eine solche Verbindlichkeit, wenn der debitor seiner Einrede sich nicht bedient, eine obligatio civilis werden könne, was somit ganz in die Willkür des Schuldners (auch dieses Wort hier im all-

gemeinsten

gemeinsten Sinne als jeden Verbindlichen bezeichnend genommen) gestellt ist. Nur von diesem hängt es ab, ob sie obligatio civilis seyn, oder vielmehr, ob sie es durch Unterdrückung der Einrede werden solle?

§. 42.

Oder eine obligatio naturalis?

Ob aber eine obligatio naturalis? davon

Marcian, Fr. 60. pr. D. de cond. indeb. (12, 16.)
„Qui exceptionem per-„petuam habet, solutum „*per errorem* repetere „potest." Pomponius Fr. 50. D. ej. tit.
„Quod quis *sciens* in-„debitum dedit hac „mente, ut postea re-„peteret, repetere non „potest."

Ulpian, Fr. 1. §. 1. D. de cond. ind. (12, 6.)
„Si quis indebitum *ig-„norans* solvit, per hanc „actionem *condicere* „*potest:* sed si *sciens* „*se non debere* solvit, „*cessat repetitio.*"
Fr. 26. §. 7. D. ej. tit.
„Indebitum autem solu-„tum accipimus, non „solum, si omnino non „debeatur, *sed et si per* „*aliquam exceptionem perpetuam peti non pote-„rat,* quare hoc quoque repeti potest, *nisi sciens* „*se tutum exceptione solvit.*" Sämmtlich diese Stellen drücken nämlich die Regel aus, daß derjenige, welchem eine zerstörliche Einrede zustehe, wenn er wissentlich dieselbe nicht beachtend den Abtrag der Verbindlichkeit geleistet habe, denselben nicht mehr zurückfordern könne; daß aber, wenn er nur aus Irrthum oder Unwissenheit, und zwar gleichviel, ob der Irrthum oder Unwissenheit ein thatsächlicher oder Rechts-Irrthum — Unkenntniß des Rechts — war, nach Papinian

Fr. 7. D. de jur. et facti ign. (22, 6.)
„Juris ignorantia non prodest adquirere volenti-„bus, *suum vero petentibus non nocet.*" und

Fr. 8. D. ej. tit.
„Error facti ne maribus quidem in damnis vel „compendiis obest: juris autem error nec faeminis „in compendiis prodest: *Caeterum omnibus juris „error in damnis amittendae rei suae non nocet*" — den Abtrag geleistet, ihm noch Zurückforderungs-Recht zustehe.

§. 43.

Fortsetzung.

Aber diese Regel hat auch ihre Ausnahmen. Es belehrt uns nämlich

a) Pomponius und Marcian

Fr. 19. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)
„Si *poenae causa ejus, „cui debetur debitor li„beratus est, naturalis „obligatio manet*: et „ideo solutum repeti non „potest."

Fr. 40. D. de cond. ind. (12, 6.)
„Sed hoc non est perpe„tuum: nam si quidem „ejus causa exceptio da„tur, cum quo agitur, „solutum repetere pot„est: ut accidit in SCto „de intercessionibus: *ubi „vero in odium ejus, cui debetur, exceptio „datur, perperam solutum non repetitur*; veluti „si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam „pecuniam acceperit, et paterfamilias factus sol„verit, non repetit." und als positiven Grund dieser Ausnahme führt Ulpian

Fr. 9. §. 4. D. de SCto Maced. (14, 6.)
den an: „quia ob poenam creditorum actione li„berantur, non quoniam exonerare eos lex voluit." Diese Ausnahme findet nun aber, wie ich freilich hier nur im Vorübergehen bemerken kann, bloß bey dem SCtum Macedonianum statt.

§. 44.

Fortsetzung.

Eine weitere Ausnahme aber bietet

b) der

§. 7. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

„Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, „quod per errorem non debitum solutum sit. Sic „namque definierunt veteres, *ex quibus causis in-„fitiando lis crescit, ex iis causis non debitum „solutum* repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, „item ex legato. Quod veteres quidem in iis le-„gatis locum habere voluerunt, quae certa consti-„tuta, per damnationem cuicumque legata fuerunt. „Nostra autem constitutio, quum unam naturam „omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujus-„modi augmentum in omnibus legatis et fideicom-„missis extendi voluit: sed non omnibus legatariis „praebuit, sed tantummodo in iis legatis et fidei-„commissis, quae sacrosanctis ecclesiis, et caeteris „veneralibilibus locis, quae religionis vel pietatis „intuitu honorificantur, derelicta sunt: quae si „indebita solvantur, non repetuntur."

§. 45.

Fortsetzung. Erläuterung des §. 7. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

Eben diese Stelle bedarf einer genaueren Erläuterung. Den Satz: daß der Abtrag einer Verbindlichkeit, auch wenn er nur aus Irrthum oder Unwissenheit einer dem Schuldner zustehenden Einrede geleistet worden, dann nicht zurückgefordert werden könne, wenn der Gläubiger im Läugnungsfall den gedoppelten Betrag hätte ansprechen können, finden

wir auch in einem Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 4. C. de cond. indeb. (4, 5.)

„Ea, quae per inficiationem in lite crescunt, *ab* „*ignorante etiam indebita soluta repeti non pos-* „*se,* certissimi juris est." Allein nun fragt sich: in welchen Fällen konnte im Läugnungsfall der doppelte Betrag angesprochen werden? Was nun das Vor-Justinianeische Recht betrifft, so beantworten uns Gajus und Paulus die Frage auf folgende Art:

Paulus, Rec. Sent. (1, 19.)

„Quaedam actiones si a „reo inficientur, duplan- „tur: velut judicati, de- „pensi, legati per dam- „nationem relicti, damni „injuria legis Aquiliae, „item de modo agri, cum „a venditore emptor de- „ceptus est."

Gajus, Comment. L. IV. §. 9. p. 300.

„Rem vero et poenam „persequimur velut ex „his causis, ex quibus „adversus infitiantem in „duplum agimus, quod „accidit per actionem „judicati depensi, damni „injuriae — legatorum „nomine, quae per dam- „nationem certe (die Verbesserung in certa scheint mir auf keinem haltbaren Grunde zu beruhen) relicta sunt." und

§. 171. p. 392. u. 393.

„*** dupli ******** velut, si judicati aut depensi, „aut damni injuriae aut *legatorum per damnatio-* „*nem relictorum nomine* agatur." Vergleichen wir nun damit das Justinianeische Recht, nämlich den

§. 23. J. de act. (4, 6.)

„In duplum agimus: velut furti nec manifesti, „damni injuriae ex lege Aquilia, depositi ex qui- „busdam casibus. Item servi corrupti, item ex le- „gato, quod venerabilibus locis relictum est." und die nothwendige Erläuterung dieses Paragraphen

§. 26 J. ej. tit.
„Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi „corrupti, a caeteris. ✓. quibus simul loquuti su„mus, eo differunt, quod hae actiones *omnimodo* „dupli sunt: at illae id est, *damni injuriae ex* „*lege Aquilia, et interdum depositi, inficiatione* „*duplicantur: in confitentem* autem in *simplum* „dantur. Sed illa, quae de iis competit, quae re„licta venerabilibus locis sunt, non solum *infitia*„*tione* duplicantur, sed etiam si distulerit relicti „solutionem, usquequo jussu magistratuum nos„trorum conveniatur", so finden wir, daß nur die Verbindlichkeiten ex lege Aquilia, wegen widerrechtlicher Beschädigung, so wie die aus dem Hinterlegungs-Vertrag unter gewissen Umständen, und endlich die Leistungen von Vermächtnissen an Kirchen oder fromme Stiftungen, als solche übrig geblieben sind. Was nun die übrigen, welche das Vorjustinianeische Recht kannte, betrifft, so möchten diese doch noch einer genaueren Untersuchung bedürfen.

§. 46.

Fortsetzung.

Gajus und Paulus nennen uns vorerst die actionem judicati, welche die Institutionen nimmer hieher zählen, eine bestimmte Verordnung nun, wodurch der actio judicati diese Wirkung entzogen wurde, findet sich nicht, allein aus dem
Fr. 6. §. 3. D. de re jud. (42, 1.)
einer wahrscheinlich interpolirten Stelle Ulpians, welche also lautet: „Judicati actio perpetua est, et „rei persecutionem continet" möchte ich in Vergleichung mit dem
§. 17. J. de act. (4, 6.)

wohl den Schluß ziehen, daß ihr in Folge der Justinian'schen Gesetzgebung und des den Compilatoren der Digesten in ihrer Instruction

Consist. prima (Deo Auctore) de concept. Digest. §. 7.

eingeräumten Interpolations-Rechts oder vielmehr der ihnen auferlegten Interpolations-Pflicht diese Wirkung entzogen wurde. Die zweite, welche uns Gajus und Paulus nennen, ist die actio depensi, eine uns vor dem neuaufgefundenen Gajus unbekannte und unerklärliche Klage, über welche uns nun aber dieser folgende hinreichende Erläuterung gibt

Comment. L. III. §. 127. p. 253.

„In eo quoque par omnium causa est, quod, si „quis pro reo solverit, ejus reciperandi causa ha- „bet cum eo mandati judicium, *et hoc amplius „sponsores ex lege Publilia propriam habent „actionem in duplum, quae vocatur depensi,*“ welche nun auch die ziemlich verworrene und dunkle Stelle in der

Lex Romana Burgund. (Papiani Resp.) tit. XV.
Schulting Jurispr. Antejust. p. 837.

aufklärt. Diese actio depensi hörte nun aber von selbst auf, nachdem die sponsores, welchen sie ausschließlich zustand, als eine besondere Art von Bürgen mit besonderer rechtlicher Wirkung aufgehört hatten, wovon unten das Nähere (§. 92.). Endlich nennt noch Paulus allein die actionem de modo agri cum a venditore emtor deceptus est, eine Stelle, welche durch die weitere

Rec. Sent. 2, 17, 4.

„Distracto fundo, si quis de modo mentiatur, in „duplo ejus, quod mentitus est, officio judicis aesti- „matione facta condemnatur“ ihre Erläuterung erhält, daß aber auch dieß durch die Justinianeische

Gesetzgebung aufgehoben wurde, glaube ich aus zwey andern, sichtbar interpolirten Stellen des Paulus,

Fr. 2. pr.	Fr. 9. §. 1. D. de act. emt. et vend. (19, 1.)
„Si in emptione modus „dictus est, et non prae- „statur, ex emto actio „est.“	„Si modus agri minor „inveniatur, pro numero „jugerum auctor obliga- „tus est etc., sed non so- „lum, si modus agri „totius minor est, *agi cum venditore potest*, sed „etiam de partibus ejus, utputa si dictum est, „vineae jugera tot esse, vel oliveti et minus inve- „niatur“

erweisen zu können. Denn es läßt sich wohl mit Zuverläßigkeit annehmen, daß hier Paulus der obigen actio in duplum gedacht, dieß aber von den Compilatoren der Digesten absichtlich weggelassen worden sey, wie denn auch der

§. 22. J. de act. (4, 6.)

ausdrücklich die actionem emti venditi den actionibus in simplum beyzählt. — Soviel von denjenigen Fällen, welche zwar das Vorjustinianeische Recht kannte, das Justinianeische aber nicht mehr kennt.

§. 47.

Fortsetzung.

Gehen wir nun zu denjenigen Fällen über, welche noch das Justinian'sche Recht als solche anerkennt. Hier wird nun vorerst die actio Aquilia lege ex, sodann die actio depositi, jedoch nur in gewissen Fällen genannt. Welche Fälle aber hier gemeint seyen? ersehen wir aus dem

§. 17. J. de act. (4, 6.)

welcher in Uebereinstimmung mit Ulpian folgende nennt:

Fr. 1. §. 1. D. depos. (16, 3.)

Nachr. a. d. Buchb. Dieses Bl. ist statt des im Bog. 3. befindl. einzubinden.

„quod tumultus, incendii, ruinae naufragii causa „depositum est," insofern nämlich nach Ulpian

l. c. §. 3.

der Hinterleger „nullam aliam causam deponendi „habuit, quam imminens ex causis supra scriptis „periculum." In Betreff der Vermächtnisse und Fideicommisse aber wurde das ältere Recht durch die Justinianeische Gesetzgebung abgeändert. Das ältere Recht wird daher auch zur vollständigen Erläuterung dieser Abänderung zu vergleichen seyn, und dieses finden wir am vollständigsten bey Gajus

Comment. L. II. §. 282. u. 283. p. 195.

§. 282. „Item si legatum „per damnationem re„lictum heres infitietur, „in duplum cum eo agi„tur: fideicommissi vero „nomine semper in sim„plum persecutio est." §. 283. „Item (*quod*) quis„que ex fideicommisso plus debito per errorem „solverit, repetere potest: at id, quod ex causa „falsa per damnationem legati plus debito solutum „sit, repeti non potest, idem scilicet juris est de „eo legato, quod non debitum vel ex hac, vel ex „illa causa per errorem solutum fuerit." Nach dem ältern Rechte fand nun der Doppel-Ersatz im Läugnungsfall nur bey derjenigen besondern Art der Vermächtnisse statt, welche das Vorjustinianeische Recht legata damnationis nannte (worüber Gajus

Comment. L. II. §§. 201—208. p. 165—168.

und Ulpian

Fragm. 24, 8.

zu vergleichen sind), dagegen nicht bey den übrigen Vermächtnissen und nicht bey den Fideicommissen. Nun

---

Ulpians Fr. 24, 33.

„Legatorum perperam „solutorum repetitio „non est" — ist wohl auch hieraus zu erklären und zu berichtigen.

verordnete aber **Justinian** im Jahr 530. n. C. G. in der

Const. 46. §. 7. C. de episc. et cler. (1, 3.)

daß dieß bey allen Vermächtnissen und Fideicommissen, welche der Kirche oder frommen Stiftungen hinterlassen wurden, der Fall seyn soll, nachdem er schon im Jahr 529.

Const. 1. C. Comm. de leg. (6, 43.)

die früheren verschiedenen Arten der Vermächtnisse indifferenziirt hatte. Da er nun aber bestimmt in unserem §. sich darüber ausdrückt, daß dieß nur bey denjenigen Vermächtnissen, welche der Kirche oder frommen Stiftungen hinterlassen worden sind, der Fall seyn soll, so dient unser §. offenbar zur nähern Erläuterung beyder obigen Constitutionen, und somit hat also auch die Justinianische Gesetzgebung das frühere Recht theils erweitert theils beschränkt, — erweitert — indem sie, was früher nur von Einer Art der Vermächtnisse und von Fideicommissen gar nicht galt, auf alle Vermächtnisse und Fideicommisse ausdehnte; beschränkt, indem sie diese Verordnung nur bey den Vermächtnissen an die Kirche und fromme Stiftungen Platz greifen ließ, somit objectiv erweitert, und subjectiv beschränkt. Auch ist die dießfallsige Verordnung des Justinianischen Rechts, wie jedoch schon behauptet worden, durch Justinians

Const. 11. C. de cond. indeb. (4, 5.)

„Pro dubietate eorum, qui *mente titubante* in-
„debitam solverint pecuniam, certamen legum-
„latoribus incidit; id ne, quod *ancipiti animo*
„persolverint, possint repetere, annon. Quod
„nos decidentes sancimus; omnibus qui *incerto*
„*animo* indebitam dederint pecuniam, vel aliam
„quandam speciem persolverint, repetitionem non

„denegari, et praesumptionem transactionis non „contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera „parte probetur" — nicht aufgehoben, denn in der vorliegenden Stelle wurde von Justinian nur der Streit: ob, wenn jemand im Zweifel, ob er wirklich verbindlich sey? den Abtrag einer Verbindlichkeit geleistet habe, er ihn immer noch zurückfordern könne, oder ob die Zahlung nicht vielmehr, als im Vergleichsweg geleistet, anzusehen sey? vergl. Paulus

Fr. 65. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6.)

welcher unter den legumlatoribus, d. h. wohl den Compilatoren der Digesten, selbst entstanden war, für den Zweifelnden und für das Rückforderungs-Recht, so wie gegen die Analogie eines solchen Zweifels mit einem Vergleiche entschieden, und die vorliegende Constitution handelt von einem ganz andern Falle.

§. 48.

Erfund der bisherigen Untersuchung.

Kehren wir nun nach dieser nothwendigen Abschweifung wieder zu der obigen Regel (§. 42.) zurück, daß der Abtrag einer Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörliche Einrede hätte entkräftet werden können, wenn er aus Irrthum oder Unwissenheit geleister worden, wieder zurückgefordert werden könne, so finden wir jetzt folgende Ausnahmen derselben:

1. bei dem Darleihen eines Haussohns, welcher, wenn er auch aus Unkunde Irrthum oder Unwissenheit das SCtum Macedonianum nicht beachtete, das Zurückbezahlte nicht mehr zurückfordern kann;

2. bey Verbindlichkeiten ex lege Aquilia;

3. bey dem Hinterlegungs-Vertrag, wenn die Hinterlegung durch eine androhende Gefahr veranlaßt wurde, und

4. bey Vermächtnissen oder Fideicommissen zu kirchlichen oder andern frommen Zwecken, und nach dieser Ausnahme ist auch der allgemeine Satz Papinians

Fr. 54. D. de cond. ind. (12, 6.)

„Ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, „vel *non habuerunt effectum*, secuta per errorem „solutione, conditioni locus erit," in Betreff derjenigen, quae non habuerunt effectum, zu berichtigen. Hieraus ergibt sich aber auch, daß solche Verbindlichkeiten, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden können, auch keine natürliche Verbindlichkeiten sind, sondern daß sie es in der Regel erst dann werden, wenn der zerstörlichen dem Schuldner wohl bekannten Einrede unerachtet der Abtrag geleistet wurde, und in einigen Ausnahms-Fällen, wenn der Abtrag aus Irrthum oder Unwissenheit geleistet worden; daher auch, wie sich Pomponius

Fr. 19. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

und Paulus

Fr. 10. D. de SCto Maced. (14, 16.)

ganz richtig ausdrücken, in einem solchen Falle „naturalis obligatio manet," d. h. nicht ursprünglich schon war eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, sondern sie entstand erst durch Leistung des Abtrags, wurde aber eben hierdurch als eine bleibende begründet, weil in Folge solcher der geleistete Abtrag nicht mehr zurückgefordert werden kann.

§. 49.

Aufzählung derjenigen Fälle, in welchen bloß eine natürliche Verbindlichkeit Statt findet.

Zu denjenigen Fällen, in welchen bloß eine natürliche Verbindlichkeit Statt findet, sind nun nach römischem Rechte zu zählen:

1. die Verbindlichkeiten aus formlosen, das heißt nicht mittelst der verborum oder litterarum obligatio eingegangenen Verträgen, insofern ihnen nicht ihrer Formlosigkeit unerachtet Klagerecht zustand, insbesondere die Forderungen aus Nebenverträgen, welche einem contractus bonae fidei nicht auf der Stelle als besondere Modification desselben angehängt wurden, nach Ulpian

Fr. 7. D. de pactis (2, 14.)

welche Stelle übrigens, da dieß offenbar zu weit führen würde, keine weitere Erläuterung hier erhalten kann.

2. Die Verbindlichkeiten aus Verträgen gegen Dritte nicht Mitvertragende,

3. diejenigen Verbindlichkeiten, welche zwar durch eine zerstörliche Einrede hätten entkräftet werden können, deren Abtrag aber der Kenntniß jener Einrede unerachtet geleistet worden, und auch in gewissen Ausnahms-Fällen (§. 47.), wenn der Abtrag aus Unkenntniß der Einrede geleistet worden, und endlich

4. bietet uns Justinians

Const. 3. C. de aleat. (3, 43.)

noch einen besondern Fall, in welchem eine natürliche Verbindlichkeit durch Verjährung entsteht, indem sie nämlich die Zurückforderung einer bezahlten Spielschuld nach 50 Jahren nicht mehr zuläßt.

Vierte Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen.

§. 50.

Haupt-Grundsätze hierüber.

Als Haupt-Grundsätze über die Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen stellt das Justinianeische Recht in Uebereinstimmung mit der früheren Jurisprudenz folgende auf:

§§. 8—10. J. de inutil. stipul. (3, 19.)

entnommen aus Gajus

Comment. L. III. §. 106. 107. u. 109. p. 243.

Gajus Fr. 1. §. 12. u. 13. D. de O. et A. (44, 7.)

„*Furiosum sive stipule-„tur, sive promittat, ni-„hil agere, natura ma-„nifestum est.* §. 13. Huic „proximus est, *qui ejus „aetatis est, ut nondum „intelligat quid agatur.*

Paulus Fr. 5. D. de R. J. (50, 17.)

„*Furiosus nullum nego-„tium contrahere potest.*

Pomponius F. 40. D. ej. tit.

„Furiosi nulla voluntas „est.“

§. 8. „*Furiosus nul-„lum negotium gerere „potest:* quia non intel-„ligit, quae agit (Gaj. „*quid agat.*)“

§. 9. „*Pupillus omne „negotium recte gerit,*

Pr. J. de auct. tut. (1, 21.)
„Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipulatur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur."

Gajus Fr. 9. pr. D. de auct. tut. (26, 8.)
„Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest" — „ut, (Gaj. *ita tamen ut*), sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur veluti, si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

„§. 10. Sed quod diximus de pupillis *utique de iis verum est, qui jam aliquem intellectum habent: nam infans, et qui infanti proximus est, non multum a furiosis distant:* quia hujus aetatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti (Gaj. *in his pupillis*) propter (Gaj. *per*) utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed *qui in potestate parentis est impubes, nec auctore quidem patre obligatur.*" Der letztere Nachsatz von „Sed qui" bis zum Ende findet sich nicht bey Gajus, mag aber wohl auch aus

„toris auctoritate non „potest; adquirere au„tem sibi stipulando, et „per traditionem acci„piendo, etiam sine tu„toris auctoritate potest: „sed credendo obligare sibi non potest, quia sine „tutoris auctoritate nihil alienare potest.“

demselben entnommen seyn, da eine Stelle desselben am Schlusse des §. 109. nicht gelesen werden konnte.

§. 51.

Erläuterung der betreffenden Stellen des römischen Rechts.

Ehe wir nun zur Erläuterung dieser Stellen übergehen, möchte vor allen Dingen die Frage: was ein Unmündiger im rechtlichen Sinne des Worts und insbesondere, wer noch als infans zu betrachten seye? zu beantworten seyn. Den früheren Streit der römischen Jurisprudenz, — wovon noch Spuren zu finden sind bey

Gajus Comment. L. I. §. 196.
Ulpian Fr. (11, 28.)
Quinctilian Instit. orat. L. IV. cap. 2.

ob nämlich die Mannbarkeit nach Jahren, oder nach der Reife des Körpers (habitus corporis) wenigstens bei'm männlichen Geschlechte, zu bestimmen seye? denn bei'm weiblichen scheint man sich früher über die Bestimmung nach Jahren vereinigt zu haben, — hat Justinian durch die

Const. 3. C. quando tut. esse des. (5, 60.) vergl. auch pr. J. quib. mod. tut. (1, 21.)

dahin, daß wie für Mädchen schon früher mit dem zurückgelegten 12ten, so bey Knaben mit dem zurückgelegten 14ten Jahre die Mündigkeit beginne, entschieden. Diejenige besondere Art von Unmündigen aber, welche man infantes nennt, sind solche, welche ohne Unterschied des Geschlechts das 7te Jahr noch nicht zurückgelegt haben.

Fr. 14. D. de spons. (23, 1.); Fr. 1. §. 2. D. de adm. tut. (26, 2.); Const. 8. C. Theod. de bon. mat. (8, 18.); Const. 18. C. de jure deliber. (6, 30.)

womit nun auch Isidor

Origines L. 11. cap. 2.

„Prima aetas *infantia est pueri nascentis ad lucem,* „*quae porrigitur in septem annis*" übereinstimmt. Wie noch übrigens in den ganz neuesten Zeiten an einer bestimmten Gränz-Bestimmung für die Kindheits-Jahre (infantia) bey so unzweideutigen Belegen gezweifelt werden konnte? sehe ich nicht ein. Denn meiner Ansicht nach, steht der Satz: daß die Kindheit bis zum zurückgelegten 7ten Jahre dauren, so fest, als daß die Mündigkeit bey Mädchen nach zurückgelegtem 12ten, bey Knaben nach zurückgelegtem 14ten Jahre beginne.

§. 52.

Fortsetzung.

Dieß vorausgesetzt, gehen wir nun zur Erläuterung unserer Stellen über. Diese enthalten nämlich folgende Sätze: Wahnsinnige und Kinder können weder sich Andern, noch Andere sich verbindlich machen; als Grund dieses Satzes aber führen sie ihren gänzlichen Mangel an Willens-Freiheit an. Dieser Regel scheint nun aber Paulus

Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

„Furiosus etc. ubi *ex re* actio venit, obligatur etiam „sine curatore" entweder zu widersprechen, oder sie wenigstens durch eine Ausnahme zu beschränken. Daß letzteres der Fall seye, und die Ausnahme auf einem sehr vernünftigen rechtlichen Grunde beruhe, werde ich weiter unten (§. 69.) zu beweisen Gelegenheit haben. Unmündige, im engern Sinne des Worts, können unbedingt Andere sich verbindlich machen, dagegen aber

wer-

werden sie selbst Andern nur dann verbindlich, wenn sie nicht mehr in väterlicher Gewalt befindlich sind, und unter Auctorität ihrer Tutoren sich verbindlich gemacht haben. Unmündige in väterlicher Gewalt befindliche können aber nicht einmal unter Auctorität ihres Vaters sich Andern verbindlich machen. Der letztere Satz läßt sich freilich nur durch die Vermögens-Verhältnisse der Haussöhne rechtfertigen, und nachdem diese sich geändert hatten, hätte wohl auch er abgeändert werden sollen. Allein, nachdem Justinian durch die

Const. 6. de bonis, quae lib. (6, 91.)

ihre Vermögens-Verhältnisse ganz abgeändert hatte, so fand er es doch für angemessen, ihnen das Recht, letzte Willens-Verordnungen über ihr Eigenthum — insoweit es nicht peculium castrense oder quasi castrense war — zu errichten, noch durch eine besondere

Constit. 11. C. qui test. fac. poss. (6, 22.)

abzusprechen. Weit entfernt, übrigens eine Inconsequenz durch eine andere vertheidigen zu wollen, wollte ich nur zeigen, daß die strenge Consequenz, wodurch sich die römische Jurisprudenz in ihren früheren und blühenden Zeiten auszeichnete, Justinians Sache eben nicht war.

§. 53.

Anwendung der allgemeinen Regeln auf besondere Fälle.

A) In wie weit Wahnsinnige und Unmündige aus Vergehen oder Verbrechen verbindlich werden?

Gehen wir nun zu der Anwendung dieser allgemeinen Regeln auf besondere Fälle über, und untersuchen wie vorerst: In wie weit Wahnsinnige und Unmündige aus Vergehen oder Verbrechen verbindlich werden? Hierüber Ulpian

Fr. 5. §. 2. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.)

„Et ideo quaerimus: si *furiosus* damnum dederit,
„an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus *negavit.*
„*Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis*
„*non sit?* Et hoc est verissimum. *Cessabit* igi-
„tur Aquiliae actio; quemadmodum, si quadrupes
„damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula oc-
„ciderit. Sed et si *infans* damnum dederit, *idem*
„erit dicendum. Quodsi *impubes* id fecerit: Labeo
„ait: *quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum.*
„Et hoc puto verum, si sit jam *injuriae capax.*"

Modestin

Fr. 12. D. ad leg. Corn. de sic. (48, 8.)

„Infans vel furiosus, si hominem occiderint, lege
„Cornelia non tenentur: cum alterum innocentia
„consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat."

Ulpian

Fr. 1. §. 6. D. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. ess. (43, 4.)

„Hoc Edicto neque *pupillum* neque *furiosum* te-
„neri constat, quia affectu carent. Sed *pupillum*
„*eum* debemus accipere, *qui doli non capax est.*"
— Aus allen diesen Stellen ergibt sich nun die Re-
gel: daß Wahnsinnige und Kinder aus Vergehen
oder Verbrechen nicht verbindlich werden, Unmündige
aber nur dann, wenn eine rechtswidrige Absicht bey
ihnen angenommen werden kann.

§. 54.

Fortsetzung. Zeitpunkt der doli capacitas der Unmündigen.

Die Frage aber: Wann der Unmündige doli ca-
pax sey? beantwortet Ulpian nach Julian

Fr. 4. §. 26. D. de doli mali et metus except. (44, 4.)

und

Fr. 13. §. 1. D. de dolo malo (4, 3.)

dahin: „doli pupillos, *qui prope pubertatem sunt*, „capaces esse.“ Ja wir haben hierüber sogar eine avthentische Entscheidung, wenn wir den

§. 20. J. de oblig. quae ex del. (4, 1.)

mit seiner Quelle, nämlich Gajus

Comment. L. III. §. 208. p. 288.

vergleichen. „In summa sciendum est, quaesitum „esse; an impubes — rem alienam amovendo — „furtum faciat? Et placet (Gaj. *plerisque placet*), „quia furtum ex affectu consistit, ita demum obli„gari eo crimine impuberem, *si proximus pu„bertati sit, et ob id intelligat se delinquere.*“ Wann aber der Unmündige pubertati proximus sey? darüber vermissen wir eine genauere Bestimmung. Schon Accursius aber behauptete, daß man hier lediglich arithmetisch zu Werke gehen müsse, und daß somit der Knabe, der die Hälfte des Zeitraums vom zurückgelegten 7ten bis zum 14ten, das Mädchen — vom zurückgelegten 7ten bis zum 12ten Jahre zurückgelegt habe, als pubertati proximi anzusehen seyen, daß also der Knabe, welcher 10½, das Mädchen, welches 9½ Jahr überschritten, pubertati proximi seyen. Bey- und mißfällig wurde, wie dieß gewöhnlich zu geschehen pflegt, die Meinung des Accursius aufgenommen, und die Gegner desselben haben behauptet, daß der rein arithmetische Weg hier nothwendig zu Ungereimtheiten führen müsse, und um diesen zu vermeiden, nichts übrig bleibe: als geradezu in jedem einzelnen Falle die Frage: ob der Unmündige als pubertati proximus anzusehen sey? dem richterlichen Ermessen anheimzustellen. Allein meiner Absicht nach, sah hier Accursius heller als seine Gegner. Denn wie wir aus den Worten: *„ob id“* des obigen Institutionen-Paragraphen ersehen, so knüpften die römischen Rechts-

Gelehrten und die der Mehrheit derselben betretende Institutionen die höhere Intelligenz des Unmündigen — als Folge, an dessen Vorrücken im Alter — als Ursache. Somit trage ich nun auch kein Bedenken, mich in vorliegendem Falle als einen Anhänger des Accursius unumwunden zu bekennen.

§. 55.

Fortsetzung. Von den Verbindlichkeiten der Wahnsinnigen und Unmündigen — ex quasi delicto.

Nach diesen Grundsätzen ist nun wohl auch die Frage: in wie weit Wahnsinnige und Unmündige ex quasi delicto verbindlich werden, in wie weit sie also z. B. mittels der actio de effusis vel dejectis

§. 1. J. de oblig. quae quasi ex del. (4, 5.); tit. D. de his, qui eff. vel dej. (9, 3.)

mittelst der actio utilis ex lege Aquilia

§. 16. J. de lege Aquil. (4, 3.); Gajus Comment. L. III. §. 219. p. 293.

und mittels der actio in factum

cit. §. 16. J. tit. D. de praescr. verb. (19, 5.)

auf Schadens-Ersatz belangt werden können? zu beantworten.

§. 56.

Von der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen in Beziehung auf bestimmte Verträge.

a) Realverträge.

Was nun die Anwendung der obigen Regel (§. 52.) auf die einzelnen Arten der Verträge, und zwar namentlich a) auf die Realverträge betrifft, so belehrt uns in Beziehung auf den Hinterlegungs-Vertrag Ulpian

Fr. 1. §. 15. D. depos. (16, 3.)

„An in pupillum, apud quem sine tutoris auctori-„tate depositum est, depositi actio detur? quaeri-

„tur. Sed probari oportet, *si apud doli mali ca-„pacem* (§. 54.) *deposueris, agi posse, si dolum „commisit: nam et in quantum locupletior factus „est, datur actio in eum, et si dolus non inter-„venit.*“ Hier unterscheidet nämlich Ulpian zwischen der actio depositi insoweit sie, was Regel ist, nur wegen dolus

Fr. 1. §. 45. D. ej. tit.

und insoweit sie in Ausnahms-Fällen

Fr. 1. §. 35. D. ej. tit.; Fr. 4. D. de R. O. (12, 1.)

auch wegen culpa, nämlich levis (denn culpa lata wird nach Celsus

Fr. 32. D. depos. (16, 3.)

dem dolus gleichgeachtet) angestellt werden kann, und läßt die erstere nur gegen den der Mündigkeit näheren Pupillen (§. 54.), also gegen den Wahnsinnigen gar nicht, die letztere aber gegen jeden Unmündigen, aber nur in quantum locupletior factus est (wovon das Nähere, so wie ob dieß dieß die actio depositi sey? welche Ulpian gestattet, unten §§. 62—67.), zu. In Beziehung auf den Darlehens-Vertrag Paulus

Fr. 13. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Item, quod pupillus sine tutoris auctoritate mu-„tuum accepit, *et locupletior factus est,* si pubes „factus solvat, non repetit“, was nun den Beisatz; „si pubes factus solvat“ betrifft, so bezieht sich dieser auf den Fall, dessen Gajus

Fr. 9. §. 2. D. de auct. tut. (26, 8.)

„Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris „autoritate, nihil agit: quia nullum dominium „transferre potest. Si tamen creditor bona fide „pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupil-„lus“ erwähnt, vergl. auch Gajus

Comment. L. II. §. 80—82. p. 116. u. 117.

und den hieraus freilich mit bedeutenden Abänderung entnommenen

§. 2. J. quibus alienare (2, 8.)

denn wenn der Unmündige auch das in quantum est locupletior factus bezahlt hatte, so konnte er es dennoch, soferne es bey dem Gläubiger noch wirklich vorhanden war, zurückfordern. Die Verbindlichkeit wird daher immer nur durch das — in quantum est locupletior factus — bestimmt. Sodann Licinius Rufus in Beziehung auf denselben Vertrag

Fr. 59. D. de O. et A. (44, 7.)

„Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne qui-* „*dem jure naturali* obligatur", d. h. wohl nichts anderes, wenn er dasselbe auch freiwillig zurückbezahlt hatte, konnte er es immer noch zurückfordern.

§. 57.

b) Consensual-Verträge.

Ueber den Leihvertrag Ulpian

Fr. 1. §. 2. D. de commod. (13, 6.)

„Impuberes commodati actione non tenentur: quo- „niam nec constitit commodatum in pupilli per- „sona sine tutoris auctoritate, ut etiam, si pubes „factus dolum aut culpam admiserit, hac actione „non tenetur, quia ab initio non constitit.

Fr. 3. pr. D. ej. tit.

„Sed mihi videtur, si locupletior pupillus factus „sit, dandam utilem commodati actionem secun- „dum D. Pii rescriptum." Paulus

Fr. 2. D. ej. tit.

„Nec in furiosum commodati actio danda est, sed „ad exhibendum adversus eos dabitur, ut res exhi- „bita vindicetur."

In Beziehung auf den Kauf-Vertrag **Ulpian**

Fr. 5. §. 3. D. de auct. tut. (26, 8.)
„Pupillus vendendo sine „tutoris auctoritate non „obligatur: sed nec in „emendo, nisi in quan-„tum locupletior factus „est."

Fr. 13. §. 29. D. de act. emt. (19, 1.)
„Si quis a pupillo sine „tutoris auctoritate eme-„rit, ex uno latere con-„stat contractus: nam, „qui emit, obligatus est „pupillo, pupillum sibi „non obligat."

§. 58.

c) Stipulationen — verborum obligatio oder litterarum.

In Beziehung auf Stipulationen — verborum oder litterarum obligationes **Neratius**

Fr. 41. D. de cond. ind. (12, 6.)
„Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti „promiserit, solverit, repetitio est, *quia nec natura „debet.*"

§. 59.

In Beziehung auf obligationes ex quasi contractu a) negotiorum gestorum. —

In Beziehung auf die obligationes ex quasi contractu, und zwar namentlich in Beziehung auf die negotiorum gestio — **Ulpian**

Fr. 3. §. 4. u. 5 D. de neg. gest. (3, 5.)
„Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum „Divi Pii (etiam) conveniri potest in id, quod „factus est locupletior: agendo autem compensa-„tionem ejus, quod gessit, patitur. §. 5. Et si fu-„riosi negotia gesserim; competit mihi adversus „eum negotiorum gestorum actio."

Constit. 2. C. ej. tit.
„Contra impuberes quoque, si negotia eorum ur-„gentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, „in quantum locupletiores facti sunt, dandam

„actionem, ex utilititate eorum receptum est.“ Bey dem Unmündigen unterscheidet also Ulpian: ob er selbst belangt oder belangt wird, und läßt ihn im letzteren Fall nur für das in quantum locupletior factus est, in ersterem aber für das Ganze, was aus Veranlassung der Geschäfts-Führung ihm zugekommen ist, haften. Ein Unterschied, der auf den Wahnsinnigen, der nullum negotium gerit, gar nicht anwendbar ist.

§. 60.

Die actio exercitoria und institoria.

In Beziehung auf die actio exercitoria Paulus

Fr. 1. §. 16. D. de exerc. act. (14, 1.)

„Parvi autem refert, qui exercet, masculus sit an „mulier, paterfamilias an filiusfamilias, vel servus: „pupillus autem, si navem exerceat, exigemus tu-„toris auctoritatem.“ In Beziehung auf die institoria Ulpian

Fr. 9. D. de instit. act. (14, 3.)

„Verum si ipse pupillus praeposuerit, si quidem „tutoris auctoritate, obligabitur, si minus, non.“ Gajus — als Beisatz

Fr. 10. D. ej. tit.

„Eatenus tamen dabitur in eum actio, quatenus ex „ea re locupletior est.“ und nach diesen Grundsätzen wird nun wohl auch die Frage: In wie weit Wahnsinnige und Unmündige mittels der actio in factum de recepto.

tit. D. nautae, caupones (4, 9.)

belangt werden können? zu beantworten seyn.

§. 61.

Nähere Beleuchtung der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen im Allgemeinen.

Auch in besonderer Anwendung auf die einzelnen Fälle finden wir daher den Satz, daß Wahnsinnige wegen gänzlichen Mangels an Willens-Freiheit gar nicht, selbst nicht aus Vergehen und Verbrechen verbindlich werden können — Unmündige aber nur unter Auctorität ihres Tutors, und aus Vergehen und Verbrechen, wenn sie der Mündigkeit näher sind. Doch finden wir bey den Unmündigen immer noch den Beisatz „nisi locupletiores facti sunt" und diesen Beisatz müssen wir nun genauer betrachten.

§. 62.

Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 7. pr. D. de auct. tut. (26, 8.)

Das Geschichtliche hierüber gibt uns Ulpian Fr. 7. pr. D. de auct. tut. (26, 8.) „Sed et, cum solus (sit) tutor mutuam pecuniam „pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obli„gatus tutori: *naturaliter tamen obligabitur, in* „*quantum locupletior factus est:* nam in pupil„lum non tantum *tutori,* verum *cuivis actionem,* „*in quantum locupletior factus est,* dandam Di„vus Pius rescripsit." Aus dieser Stelle sehen wir nämlich, daß gegen Unmündige, welche ohne Auctorität ihres Tutors verbindlich geworden, gar keine Klage statt fand, was doch auch gewiß auf Wahnsinnige, selbst wenn sie unter Einwilligung ihres Curators verbindlich geworden wären, anwendbar ist. Natürlich darf man hiemit diejenigen Verbindlichkeiten, mit welchen der Vormund des Wahnsinnigen dessen Vermögen nach den bestehenden Verwaltungs-

Normen belasten kann, nicht verwechseln. Allein der Imperator Antoninus Pius führte eine Klage — in quantum locupletiores facti sunt — ein. Nur eines Ausdrucks bedient sich hier Ulpian, welcher zu Mißverständnissen führen könnte, nämlich des „naturaliter tamen obligabitur." Daß nun hier Ulpian nun zunächst nicht an eine natürliche Verbindlichkeit dachte, welche zwar nicht gefordert, deren freiwillig geleisteter Abtrag aber nicht mehr zurückgefordert werden kann, ersehen wir schon daraus, weil er gleich nachher aus einem Rescript Antonins eine Klage ableitet. Dieses „*naturaliter obligabitur*" hat nämlich gerade den Sinn, welchen die Stelle des Paulus

Fr. 15. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Indebiti soluti condictio naturalis est," nämlich den, er wird zwar nicht aus dem Darleihen im vorliegenden Falle als einem bürgerlichen Rechts-Geschäft, sondern er wird lediglich deswegen verbindlich, weil er etwas empfangen hat, was er nicht empfangen sollte, und was er daher nach dem jure gentium — der naturalis aequitas — zurückzuerstatten verbunden ist. Daher nannte auch schon das Vorjustinianeische Recht die Verbindlichkeit zur Zurückgabe einer solchen Sache eine dingliche, d. h. lediglich durch den Empfang der Sache begründete Verbindlichkeit, „obligationem rei" und verglich sie mit dem Darleihen nach Gajus

Fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44, 7.)

„Is quoque, qui non „debitum accepit per er„rorem solventis, obliga„tur quidem ex mutui „datione, *et eadem actio„ne tenetur, qua debito-*

Comment. L. III. §. 91. p. 236.

„Is quoque, qui non de„bitum accepit ab eo, qui „per errorem solvit *re* „obligatur, nam proinde „ei condici potest, si pa„ret eum dare oportere,

„*res creditoribus*: sed „non potest intelligi is, „qui ex ea causa tenetur, — „ac si mutuum accepis„set,“ — „ex contractu obligatus esse.“ womit dann auch die Justinianeische Gesetzgebung

§. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3, 14.)

übereinstimmt.

§. 63.

Fortsetzung. Erläuterung der Fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44, 7.)

Nur verdienen noch die Worte des Gajus in dem oben angeführten

Fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44, 7.)

„Et eadem actione tenetur, qua debitores credito„ribus“ eine besondere Erläuterung. Auf den ersten Anblick sollte man nämlich annehmen, daß demjenigen, welcher eine Sache ohne alle Verbindlichkeit hingegeben, zunächst nur die Eigenthums-Klage zustehe, wie denn auch Paulus (§. 57.) gegen den Wahnsinnigen, welchem etwas geliehen worden, die actio ad exhibendum und die darauf folgende rei vindicatio gestattet. Eine persönliche Klage aber scheint gegen denjenigen, welchem eine solche Sache ohne alle Verbindlichkeit gegeben wurde — nicht wohl anwendbar zu seyn, weil eine persönliche Klage zunächst eine hier nicht denkbare Verbindlichkeit aus Verträgen, Vergehen oder Verbrechen voraussetzt nach Gajus

Comment. L. IV. §. 2. p. 298.

jede condictio aber nur eine persönliche Klage ist nach Gajus

l. c. §. 4. 5. p. 299. u. 300. §. 15. J. de act. (4, 6.)

allein eben dieser löst uns auch das Räthsel, indem er uns

l. c. §. 19. p. 308.

berichtet, daß durch die Lex Calpurnia auch die condictio de omni certa re gestattet worden seye, wornach

nun die obige Stelle des Gajus keinen andern Sinn als den hat: „et personali actione condictione scilicet tenetur."

§. 64.

Fortsetzung. Erklärung des §. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3, 14.)

Allein hier scheint uns der

§. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3, 14.)

in den Weg zu treten, dieser aus Gajus

L. III. §. 91. p. 236.

entnommene Paragraph, dessen Eingang ich bereits oben (§. 62.) angeführt habe, fährt nämlich so fort:

Gajus, l. c.

„Unde quidam putant, „pupillum aut mulierem, „cui sine tutoris auctori- „tate non debitum per „errorem datum est, non „teneri condictione, non „magis, quam mutui da- „tione."	„Unde pupillus, si ei sine „tutoris auctoritate non „debitum per errorem „datum est, non tenebi- „tur indebiti condictione „magis quam mutui da- „tione."

und spricht somit der condictio indebiti ihre Anwendbarkeit auf den Unmündigen, welcher eine Nichtschuld ohne Auctorität seines Tutors erhalten, ab. Wie reimt sich nun dieß mit dem Rescript des Imperators Antonin, dessen Ulpian (§. 62.) erwähnt, welches diese condictio wenigstens in quantum locupletior factus est — gestattet. Doch auch dieses Räthsel wird sich lösen, wenn wir uns vorerst darüber, was das locupletiorem factum esse bedeute — sodann über die condictio indebiti in ihrer allgemeinen Wirkung aufgeklärt haben.

§. 65.

Fortsetzung. Was heißt „locupletiorem factum esse“?

Daß derjenige, dessen ökonomische Lage durch irgend einen Empfang verbessert worden, der also wirklich mehr hat, als er vor jenem Empfang hatte, locupletior seye, wird wohl keinem Anstand unterliegen. Als ein solches Mehrhaben wird aber auch angesehen, wenn der Empfang zu einem nothwendigen oder nützlichen Zwecke verwendet wurde, wie Theophilus

Paraphr. Instit. L. II. tit. 8. §. 2. (Ed. Reitz, p. 314.)

bemerkt:

„Τυχὸν γὰρ οἰκίαν ἀνώρθω-„σεν, ἢ ἰδίους ἀγροὺς ἐφιλο-„κάλησεν, ἢ διδασκάλοις πα-„ρέσχε μισθοὺς, ἢ κρεδί-„τορσι κατέβαλεν.“	„Forte enim domum in-„stauravit, aut agros suos „instruxit, aut praecep-„toribus mercedes prae-„buit, aut creditoribus „solvit.“

Nur entsteht noch die Frage: Welcher Zeitpunkt darüber, ob der Unmündige wirklich seine ökonomische Lage verbessert habe, entscheide? Ob es nämlich genüge, wenn sie nur einmal verbessert worden ist, oder ob sie noch zu der Zeit, wo er den Empfang zurückerstatten solle, sich als verbessert darstellen müsse? — Hierauf erwiedert nun Paulus

Fr. 37. pr. D. de neg. gest. (3, 5.)

„*Litis contestatae tempore* quaeri solet, an „pupillus, cujus sine tutoris auctoritate nego-„tia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cu-„jus patitur actionem.“ — also auf den Zeitpunkt der Streit-Einlassung. Den Grund hiefür aber finden wir bey Gajus

Comment. L. III. §. 180. et 181. p. 276. vergl. mit L. IV. §§. 103 — 109. p. 355 — 357.

weil nämlich die litis contestatio bey den judiciis legitimis eine Neuerung (novatio) bewirkte. Denn wenn gleich die Justinianische Gesetzgebung keine judicia legitima mehr kennt, somit auch die litis contestatio keine Neuerung mehr bewirkt, so wurde doch die Zeit der Streit-Einlassung als ein die Verurtheilung begründender Zeitpunkt angesehen. Denn es ist keine seltene Erscheinung im Justinianischen Rechte, daß, wo auch der Grundsatz wegfiel, die Folgesätze blieben, und nur so läßt sich erklären, wie die Stelle des Paulus

Fr. 29. D. de novat. (46, 2.)

noch in die Digesten aufgenommen werden konnte. Allein einer Ausnahme von dieser Regel, daß auf den Zeitpunkt der Streit-Einlassung gesehen werden müsse, erwähnt Marcian

Fr. 47. §. 1. D. de solut. (46, 3.)

„Plane (ut Scaevola ajebat) etiamsi perierit res *ante* „*litem contestatam, interdum quasi locupletior* „*factus intelligitur:* id est, *si necessariam sibi* „*rem emit:* nam hoc ipso, quo non est paupe„rior factus, locupletior est.“ Hat nämlich der Unmündige sich von jenem Empfang eine nothwendige Sache angeschafft, und ist diese gleich durch einen Zufall nachher zu Grunde gegangen, so wird er doch noch als locupletior angesehen, weil jener Zufall sein eigenes Vermögen nicht vermindert hat, und er somit durch Rückerstattung der Sache bloß den Nachtheil des Zufalls leidet. Diese Ausnahme ist jedoch nur auf den zufälligen Untergang solcher Sachen, welche der Unmündige sich nothwendig, somit von seinem eigenen Vermögen hätte anschaffen müssen, zu beschränken, und nicht auf unnöthige oder überflüssige Dinge,

für deren Anschaffung kein Grund der Nothwendigkeit vorlag, auszudehnen; denn im letzteren Falle kann der Unmündige nach zufälligem Untergang der Sache nicht mehr als bereichert angesehen werden.

§. 66.

Die condictio indebiti nach ihren allgemeinen Umrissen.

Ueber die condictio indebiti belehrt uns Paulus

Fr. 7. D. de cond. indeb. (12, 6.)	Fr. 65. §. 6. ej. tit.
„Quod indebitum per er-„rorem solvitur, aut *ip-„sum*, aut *tantundem* re-„petitur."	„In frumento indebito „soluto et *bonitas* est: „et si consumpsit fru-„mentum, *pretium* re-„petit."

Nach diesen Stellen hat nämlich derjenige, welcher vertretbare Sachen (res, quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, nach Paulus

Fr. 2. §. 1. D. de R. C. (12, 1.)

so genannte res fungibiles) indebite erhalten hat, diese entweder selbst, oder wenn sie nicht mehr vorhanden wären, quantitativ und qualitativ eben so viel, oder deren Werth zu erstatten. In Betreff der an sich bestimmten nicht vertretbaren Dinge aber belehren uns Papinian und Paulus

Fr. 3. D. de cond. indeb. (12, 6.)	Fr. 65. §. 8. D. ej. tit.
„Idem est, et si solutis „legatis nova et inopinata „causa hereditatem ab-„stulit: veluti nato post-„humo, quem heres in „utero fuisse ignorabat: „vel etiam ab hostibus re-	„Si servum indebitum „tibi dedi, eumque ma-„numisisti, si *sciens hoc* „*fecisti, teneberis ad* „*pretium ejus, si nesci-* „*ens non teneberis: sed* „*propter operas ejus li-*

„verso filio, quem pater „obiisse falso praesump- „serat: nam utiles actio- | „*berti, et ut heredita-* „*tem ejus restituas;*“

„nes posthumo vel filio, qui hereditatem evicerat, „dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, „Imperator Titus Antoninus rescripsit: *scilicet, „quod bonae fidei possessor, in quantum locu- „pletior factus est, tenetur,* nec periculum hujus- „modi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, per- „tinebit.“ — daß bey zufälligem Untergang der Besitzer in gutem Glauben nur so weit hafte, als er sich noch durch den Empfang zur Zeit der Streit-Einlassung (§. 65.) bereichert findet, während der Besitzer in bösem Glauben auch nach zufälligem Untergang für den ganzen Werth haftet.

§. 67.

Vereinigung der Institutionen mit dem Antoninischen Rescript in Beziehung auf die condictio indebiti gegen Unmündige.

Wenn uns nun einmal schon Gajus, welcher behauptet, daß diese Ansicht schon zu seiner Zeit die der meisten Rechts-Gelehrten gewesen seye, und die Institutionen (§. 64.) belehren, daß die condictio indebiti gegen Unmündige, welche das indebitum ohne Auctorität ihres Tutors erhalten haben, nicht zustehe, andererseits aber das Antoninische Rescript und mehrere Stellen der Rechts-Gelehrten, welche sich hierauf gründen (§§. 56—60.) behaupten (§. 62.) daß sie, in so weit sie bereichert seyen, gegen sie zustehe, so lassen sich wohl beide Stellen durch den

Satz,

Satz vereinigen: die condictio indebiti steht gegen Unmündige, welche ein indebitum ohne Auctorität ihres Tutors erhalten haben, nur in so weit, als sie hierdurch bereichert sind, und nicht in ihrem ganzen Umfange zu. Erwägen wir aber den Unterschied zwischen der condictio indebiti in ihrem ganzen Umfange, und der, in so weit der Unmündige bereichert ist, genauer, so ergeben sich folgende Sätze:

1) Der Unmündige leistet auch bey vertretbaren Sachen nur in so weit Ersatz, als er bereichert ist.

2) Der Unmündige wird immer somit als Besitzer in gutem Glauben angesehen.

3) Wenn der Unmündige belangt wird, muß der Kläger erweisen, daß und in wie weit der Unmündige durch den Empfang bereichert worden, weil diese Bereicherung nach dem Antoninischen Rescript zu seinem Klagegrund gehört, während sonst der Beklagte zu erweisen hat, daß er nicht mehr den vollen Ersatz leisten könne.

§. 68.

Untersuchung der Frage: In wie weit die beschränkte condictio indebiti auch gegen Wahnsinnige gehe?

Wenn nun gleich in den oben (§§. 56—59.) angeführten Stellen nirgends davon die Rede ist, daß auch Wahnsinnige, in so weit sie bereichert sind, mittelst der condictio indebiti belangt werden können, so wird dieß doch wohl keinem Anstand unterworfen seyn, denn der allgemeine Grund, welchen Pomponius

Fr. 14. D. de cond. indeb. (12, 6.)

anführt: „Nam hoc natura aequum est, neminem „cum alterius detrimento fieri locupletiorem" welchen Grundes halber auch diese condictio eine naturalis obligatio (§. 62.) genannt wird, tritt doch wohl auch bey Wahnsinnigen ein.

§. 69.

Erklärung des Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

Nun wird uns aber auch die Stelle des Paulus klar:

Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

„*Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, ob-*
„*ligantur etiam sine curatore vel tutoris aucto-*
„*ritate:* veluti, si communem fundum habeo cum
„his, et aliquid in eum impendero, vel damnum
„in eo pupillus dederit: nam judicio communi
„dividundo

cfr. Fr. 29. D. comm. divid. (10, 3.)

obligabuntur," denn es möchte doch nun wohl klar seyn, daß durch die Worte „ex re" die naturalis obligatio ex re (§. 62.), nämlich die condictio indebiti, in quantum locupletiores sunt (§. 67.) bezeichnet wird, denn auch die actio communi dividundo, in so weit sie auf den Ersatz der auf ein gemeinschaftliches Gut verwendeten Kosten gerichtet ist, welche Paulus hier als Beispiel anführt, ist eine Art condictio indebiti, und wie Paulus

Fr. 29. D. comm. divid. (10, 3.)

bemerkt: „nascitur magis ex re, in quam impen-„ditur, quam ex persona socii."

§. 70.

Haupterfund der bisherigen Untersuchung.

Fassen wir nun das Ergebniß der bisherigen Untersuchung in Einen Haupterfund zusammen, so möchte es wohl folgender seyn: Wahnsinnige, Kinder und Unmündige, letztere ohne Auctorität ihres Tutors, werden ex contractu vel quasi contractu weder bürgerlich noch natürlich verbindlich. Zum Ersatz einer von Andern ihnen geleisteten nichtigen Verbindlichkeit können sie jedoch, in so weit sie hierdurch bereichert

worden sind, angehalten werden. Ex delicto vel quasi delicto werden Wahnsinnige und Kinder gar nicht, Unmündige aber nur dann, wenn sie der Mündigkeit näher als der Kindheit sind, verbindlich. Unmündige können auch ohne Auctorität des Tutors Andere sich verbindlich machen.

§. 71.

Nähere Beleuchtung derjenigen Stellen, welche im Widerspruch mit den bisher angeführten zu behaupten scheinen, daß der Unmündige auch ohne Auctorität seines Tutors wenigstens natürlich verbindlich werde.

a) Fr. 21. D. ad Leg. Falc. (25, 2.) u. Fr. 44. D. de solut. (46, 3.)

Im Widerspruch mit den bisherigen Stellen scheinen aber andere zu behaupten, daß die Unmündigen, ohne Auctorität ihrer Tutoren, wenigstens natürlich verbindlich werden. Diese Stellen wollen wir nun genauer beleuchten.

Marcian, Fr. 44. D. de solut. (46, 3.)

„In numerationibus aliquando evenit, ut una „numeratione duae obli„gationes tollantur. Ve„luti etc. Item si pupillo, „qui sine tutoris auctori„tate mutuam pecuniam „accepit, legatum a cre„ditore fuerit sub ea con„ditione, si eam pecu„niam numeraverit, *in* „*duas causas* videri eum „numerasse: et *in debi-*

Paulus, Fr. 21. D. ad leg. Falc. (35, 2.)

„Si pupillus, cui sine tu„tore auctore decem mu„tua data sunt, legatum „a creditore meruerit, „sub hac conditione, si „decem quae acceperit, „heredi reddiderit, *una* „*numeratione et implet* „*conditionem, et libera-* „*tur naturali obligatio-* „*ne, ut etiam in Falci-* „*diam heredi imputen-* „*tur,* quamvis non impu-

(Marcian.)	(Paulus.)
„*tum suum, ut in Fal-* „*cidiam heredi impute-* „*tur, et conditionis gra-* „*tia, ut legatum conse-* „*quatur.*“	„tarentur, si tantum con-„ditionis implendae cau-„sa data fuissent. Adeo „autem et solvere vide-„tur, ut repudiato legato, „vel Sticho, qui legatus „est, mortuo, nihil re-„petere possit.“

Die Stelle des Paulus ist nun ein Auszug aus einer Abhandlung, welche er libros quaestionum — streitige Rechts-Fragen — nannte, und was man jetzt jus controversum oder controversias juris civilis nennen würde. Betrachten wir nun vorerst die vorliegende streitige Frage genauer: Nach

Gajus, Fr. 76.
und } D. ad leg. Falcid. (35, 2.)
Marcian, Fr. 91.

wird nämlich dasjenige, was der Erbe von dem Vermächtnißnehmer der Erfüllung einer Bedingung halber erhält, nicht in die Falcidische Quarte eingerechnet. Dagegen aber werden schon nach allgemeinen Rechts-Grundsätzen die Forderungen der Erbschaft (activa) zur Erbmasse, somit also auch in die Falcidische Quarte eingerechnet. Wenn nun der Erblasser einem Unmündigen ohne Auctorität seines Tutors ein Darleihen gegeben, und ihn unter der Bedingung der Rückzahlung mit einem Vermächtnisse bedacht hatte, so konnte die Frage entstehen: ob die Rückzahlung der Schuld lediglich als Erfüllung der Bedingung, oder auch als Rückzahlung der Schuld angesehen werden müsse? denn im ersteren Falle durfte sie nicht, im letzteren Falle aber mußte sie in

die Falcidische Quarte eingerechnet werden. Diese Streit-Frage hätte aber nun schon einmal nicht entstehen können, wenn man die Schuld des Unmündigen als eine wirkliche bürgerliche oder natürliche Schuld angesehen hätte, denn dann hätte sich die Beantwortung von selbst ergeben. Hier aber, wo weder eine bürgerliche noch natürliche Schuld vorlag, konnte die Frage: ob die Rückzahlung zugleich auch als Rückzahlung der Schuld anzusehen sey? — streitig werden, und diese Streit-Frage entscheidet nun Paulus dahin: daß sie in einer gedoppelten Eigenschaft, nämlich

a) als Erfüllung der Bedingung, und

b) als Rückzahlung der Schuld anzusehen, somit also auch in die Falcidische Quarte einzurechnen seye. Nur die Falcidische Quarte zunächst, nicht die Verbindlichkeit des Unmündigen hatte Paulus im Auge. Allein durch die Worte: „una numeratione et im-„plet conditionem, et liberatur *naturali obliga-*„*tione,* ut etiam in Falcidiam heredi imputentur," scheint er doch anzudeuten, daß der Unmündige zur Zurückzahlung der Schuld wenigstens natürlich verbindlich gewesen seye, und bezieht man die naturalis obligatio auf die Schuld, so ist wirklich auch Paulus hier, wenn gleich nur im Vorübergehen, mit andern Stellen im Widerspruch. Allein eben diese Worte sind nicht auf die Schuld, sondern auf das Vermächtniß zu beziehen, denn nur in Beziehung auf letzteres läßt sich nämlich eine naturalis obligatio denken, und zwar eine wirkliche bloß natürliche Verbindlichkeit, denn zur Annahme des Vermächtnisses und zur Erfüllung der Bedingung konnte der Unmündige natürlich nicht gezwungen werden, wollte er aber das Vermächtniß haben, so mußte er sich durch Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit, d. h.

der Bedingung vorerst den Weg hiezu bahnen, denn dann erst, nachdem er seinerseits die Bedingung erfüllt hatte, konnte er das Vermächtniß fordern. Somit bilden also auch die Sätze „et implet etc." und „et liberatur" keine Gegensätze, sondern einen zusammenhängenden Satz, dessen Gegensatz erst mit den Worten „ut etiam etc." beginnt, wie dieß auch ganz deutlich in der Stelle Marcians „in duas causas videri eum numerasse, *et in debitum suum* „*ut in Falcidiam heredi imputetur, et conditio-* „*nis gratia, ut legatum consequatur*" ausgedrückt ist. Eben hieraus ist dann aber auch erklärbar, warum das nachherige Ausschlagen des Vermächtnisses oder der zufällige Untergang der vermachten Sache dem Unmündigen keine Rückforderung mehr gestattet, weil ihm nämlich in Beziehung auf das Vermächtniß eine natürliche Verbindlichkeit oblag. Und somit wäre nun der scheinbare Widerspruch Paulus und Marcians beseitigt.

§. 72.

b) Fr. 1. §. 1. D. de novat. (46, 2.) §. 3. J. quib. mod. oblig. (3, 29.)

In eine größere Verlegenheit scheint uns aber eine Stelle Ulpians

Fr. 1. §. 1. D. de novat. (46, 2.)

zu bringen, besonders wenn wir sie mit dem aus Gajus

Comment. L. III. §. 176. p. 274. et 275.

beinahe wörtlich entnommenen

§. 3. J. quib. mod. oblig. (3, 29.)

vergleichen. Dieser Vergleichung halber mögen nun auch beide Stellen hier einander gegenüber stehen:

Ulpian.	Gajus und die Institutionen.
„Illud non interest, *qua-* „*lis* processit obligatio: „utrum *naturalis*, an ci- „vilis, an honoraria: et „utrum verbis, an re, an „consensu, qualiscum- „que igitur obligatio sit, „quae praecessit, novari „verbis potest: *dummo-* „*do sequens obligatio* „*aut civiliter teneat*, „*aut naturaliter: ut-* „*puta si pupillus sine* „*tutoris auctoritate* „*promiserit.*“	„Praeterea novatione tol- „litur obligatio; veluti „si quod tu Sejo (Gaj. „*mihi*) debeas a Titio „stipulatus sit (Gaj. *sim.*). „Nam interventu novae „personae nova nascitur „obligatio, et prima tol- „litur translata in poste- „riorem: adeo, ut inter- „dum, *licet posterior* „*stipulatio inutilis sit*, „tamen prima novationis „jure tollatur: veluti si „id, quod tu Titio debeas „(Gaj. *quod mihi de-*

„*bes*), *a pupillo sine tutoris auctoritate stipu-* „*latus fuerit* (Gaj. *fuero*), *quo casu res amitti-* „*tur* (Gaj. *rem amitto*): *nam et prior debitor* „*liberatur, et posterior obligatio nulla est.* Non „idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus „(Gaj. *stipulatus fuero*): nam tunc prior perinde „obligatus manet (Gaj. *nam tunc proinde adhuc* „*obligatus tenetur*), ac si postea nullus stipulatus „fuisset (Gaj. *a nullo stipulatus fuissem*).“ — In Beziehung auf den letzteren und Schlußsatz von „Non idem“ bis zum Ende fügt nun Theophilus

Paraphr. Institut. L. III. tit. 29. §. 3. (Ed. Reitz, Tom. II. p. 722.)

folgende merkwürdige Erklärung bey:

„Καὶ μὴ τις λεγέτω, ὅτι ὁ
„ὀικέτης φυσικῶς ἐπερωτη-
„θεὶς ἔνοχος γίνεται· ἀμέλει
„καὶ ὀι δοθέντες ὑπ' ἀυτοῦ
„ἐγγυηταὶ καὶ φύσει καὶ νό-
„μῳ ἐνέχονται· ἡ δὲ φυσικὴ
„ἐνοχὴ νοβατίωνα ποιεῖν δύ-
„ναται· ἀλλὰ δεῖ πρὸς τοῦ-
„το λέγειν, ὅτι ποιεῖ νοβα-
„τίωνα ὀυ μόνον τὸ τίκτε-
„σθαι φυσικὴν ἐνοχὴν, ἀλ-
„λὰ καὶ τὸ ὑπεῖναι πρόσω-
„που· ἀπρόσωπος δὲ παρὰ
„τοῖς νόμοις ὁ δοῦλος.“

„Neque quisquam dicat,
„servum naturaliter pro-
„mittentem obligari: ita-
„que et dati ab eo fide-
„jussores tam natura,
„quam lege tenentur:
„*atqui naturalis obli-*
„*gatio novationem fa-*
„*cere potest.* Sed ad
„hoc dicere nos oportet,
„*novationem fieri non*
„*tantum eo, quod natu-*
„*ralis extitit obligatio,*
„sed et eo, quod per-
„sona subest, at in legi-
„bus servus non est per-
„sona.“

Wunderbar und widersprechend erscheint es nämlich auf den ersten Anblick, daß Ulpian eine Verbindlichkeit, welche Gajus und die Institutionen „inutilem“ und „nullam“ nennen, als eine obligatio naturalis bezeichnet. Wunderbarer und widersprechender, daß letztere einer Verbindlichkeit, welche sie selbst als nichtig bezeichnen, doch irgend eine Wirkung, nämlich die der Begründung einer Neuerung zuschreiben. Allein eben aus letzterem Umstande ist wohl mit aller Zuverläßigkeit zu schließen, daß die vorliegende Verbindlichkeit wenigstens nicht in jeder Beziehung nichtig ist. Daß sie nun in Beziehung auf den Unmündigen nichtig seye, behaupten selbst Gajus und die Institutionen. Somit bleibt also — um diese unter sich selbst und mit Ulpian zu vereinigen — nichts übrig als anzunehmen, daß die Verbindlichkeit eines Unmündigen, welche er ohne Auc-

torität seines Tutors eingegangen hat, zwar nicht an und für sich — objectiv — aber in Beziehung auf den Unmündigen — subjectiv — nichtig seye. Und für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht nun auch folgende Stelle Ulpians:

Fr. 29. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Interdum *persona* locum facit repetitioni: utpu„ta, *si pupillus sine tutoris auctoritate,* vel furi„osus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit: „nam in his personis *generaliter repetitioni lo„cum esse* non ambigitur," denn hieraus ist klar, daß das Zurückforderungs-Recht sich lediglich auf die Subjectivität der genannten Personen gründe. Nur könnte man aus eben dieser Stelle schließen, als ob auch die von Wahnsinnigen und Kindern eingegangenen Verbindlichkeiten wenigstens objectiv gültig seyen, allein diesen Schluß bezeichnet der Schluß der Institutionen-Stelle als einen Trugschluß. Denn schon Theophilus bemerkt, man werde es nicht sehr folgerecht finden, daß die Verbindlichkeit eines Sklaven, welcher doch wenigstens natürlich verbindlich werden könne, womit auch Paulus

Fr. 13. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„*Naturaliter etiam servus obligatur:* et ideo si „quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus (ut „Pomponius scribit) ex peculio, cujus liberam ad„ministrationem habeat, repeti non potest" — übereinstimmt, keine Neuerung begründen solle, allein die Neuerung setze nicht nur eine objective Verbindlichkeit, sondern auch ein Rechts-Subject, mit dem sie eingegangen worden — eine Person — voraus, ein Sklave aber seye kein Rechts-Subject — keine Person. — Dieß ist nun offenbar eine Spitz-

findigkeit; denn eine objective Verbindlichkeit setzt allerdings ein Rechts-Subject — ohne welches sie ja gar nicht entstehen kann — voraus, allein daß in andern Fällen (wovon Theophilus selbst Einen vorträgt, welchen wir weiter unten [§. 91.] erläutern werden) auch der Sklave als Rechts-Subject angesehen wird, ist richtig, und Theophilus hätte besser die Neuerung als einen Fall, wo der Sklave ausnahmsweise in Beziehung auf das Entstehen einer bloß objectiven natürlichen Verbindlichkeit, nicht als Rechts-Subject angesehen werde, bezeichnet, weil sich doch einmal weiter hierüber nichts sagen läßt. Wahnsinnige und Kinder aber sind, wo es sich von Eingehung von Verbindlichkeiten handelt, als lediglich unfreye, in keiner Beziehung als Rechts-Subjecte anzusehen, und somit kann hier auch nicht einmal von der Entstehung einer objectiven natürlichen Verbindlichkeit die Rede seyn (vergl. auch §. 85.).

§. 73.

c) Fr. 64. pr. D. ad SCt. Trebell. (36, 1.)

Nunmehr, und den Satz: daß eine von einem Unmündigen ohne Auctorität seines Tutors eingegangene Verbindlichkeit wenigstens objective Gültigkeit habe, vorausgesetzt, wird uns nun auch folgende Stelle Marcians

— Fr. 64. pr. D. ad SCt. Trebell. (36, 1.)

in keine Verlegenheit mehr bringen: „Si ejus pu-„pilli, *cui sine tutoris auctoritate pecunia cre-„dita erat,* restituta ex eo SCto mihi fuerit here-„ditas: *si solvam creditori, non repetam:* atquin „heres, si post restitutionem solvat, *repetet non „ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis*

„*obligatio transfusa intelligitur.*" Denn diese Stelle bestätigt ja nur die Objectivität der naturalis obligatio, welche sich jetzt bey dem Erben des Minderjährigen subjectiviren konnte. Dieser jetzt bey ihm subjectivirten — früher bloß objectiven — natürlichen Verbindlichkeit des Unmündigen halber kann nun auch der heres fideicommissarius das Bezahlte nimmer zurückfordern, der fiduciarius aber nur dann, wenn er nach Erstattung der Erbschaft bezahlt hat, und zwar nicht deßwegen, weil der Unmündige hätte zurückfordern können, sondern lediglich deßwegen, weil nach dem SCtum Trebellianum die Verbindlichkeiten des Erblassers auf den heres fideicommissarius übergiengen, somit nicht mehr seine des fiduciarii Verbindlichkeiten waren, und nach Paulus

Fr. 65. §. 9. D. de cond. ind. (12, 6.)

„Indebitum est non tantum, quod *omnino* non „debetur, sed et *si* etc. *id, quod alius debeat,* „*alius, quasi ipse debeat, solvat*" ein indebitum auch in bloß subjectivem Sinne denkbar ist. Bedenklicher aber ist jedenfalls der Schluß jener Mäcian'schen Stelle, welche also lautet: „Et si ejus mihi restituta sit hereditas, qui pupillo sine tutoris aucto„ritate crediderit: si solverit mihi pupillus, non „repetet: at si heredi solverit, repetet, non repeti„turus, si ante restitutionem solvisset." Denn hier scheint offenbar Mäcian zu behaupten, daß der Unmündige, ohne Auctorität seines Tutors wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit eingehen, und somit den freiwillig geleisteten Abtrag nicht mehr zurückfordern könne. Allein, daß auch diese Stelle sich füglich erklären läßt, ohne daß man geradezu einen Widerspruch zwischen ihr und andern annehmen muß,

werde ich sogleich zeigen. Die Stelle Mäcians ist nämlich aus einer „Libri fideicommissorum“ betitelten Schrift desselben, somit aus einer Abhandlung über Fideicommisse, oder vielmehr über die Rechts-Verhältnisse bey Fideicommissen, entnommen, und in derselben handelt er nun insbesondere von dem Verhältniß des heredis fiduciarii zu dem heres fideicommissarius, und davon namentlich wieder in Beziehung auf die condictio indebiti. Im ersten bereits erklärten Theil dieser Stelle beantwortete er nun die Frage: Wem die condictio indebiti in dem dort gegebenen Falle zustehe? und im letzteren Theil: gegen wen sie zustehe, ob gegen den heres fiduciarius oder fideicommissarius? Die letztere Stelle enthält somit offenbar einen Gegensatz der ersteren, und um diesen desto schärfer hervorleuchten zu lassen, mußte er sich des nämlichen Falles und Beispiels, welches dem erstern Falle zu Grunde liegt, bedienen. Er mußte aber auch einen Fall, wo dem Unmündigen die Rückforderung an und für sich zustand, den Fall der Bereicherung nämlich (§. 65.) voraussetzen, weil nur dann die condictio indebiti gegen beide aus demselben Grunde denkbar war, und nun erst den Fall so unterstellt, konnte er nach den Grundsätzen des SCtum Trebellianum, wie geschehen, unterscheiden. Nicht also die Verbindlichkeit des Unmündigen, sondern das aus dem SCtum Trebellianum entspringende Verhältniß des heres fiduciarius zu dem heres fideicommissarius hatte Mäcian zunächst im Auge, und was er von der Verbindlichkeit des Unmündigen sagt, ist nur, um seine Sätze durch einen gegebenen Fall beispielsweise erläutern zu können, vorgetragen, und somit müssen wir auch bey diesem Beispiel die allgemeinen Rechts-Grundsätze unterstellen. So wird

nun aber auch die Mäcian'sche mit den übrigen Stellen nicht im Widerspruch stehen, und da wir, was von Justinian in der Instruction für die Compilatoren der Digesten

Constit. prima (Deo auctore) de conc. Dig. §. 8.

ausdrücklich vorgeschrieben, allgemein anerkannt, und zur Auslegungs-Regel erhoben ist, daß wir, wo immer möglich, nicht annehmen dürfen, daß die Compilatoren der Digesten widersprechende Stellen in dieselben aufgenommen haben, so dürfte sich meine Erklärung auch vom Standpunkte jener allgemeinen Auslegungs-Regel rechtfertigen. Somit bliebe also auch der Satz: daß Unmündige ohne Auctorität des Tutors nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit eingehen können, bestehen, zugleich aber hat sich auch ein neuer Satz: daß solche Unmündige zwar objectiv gültige, subjectiv aber ungültige natürliche Verbindlichkeiten eingehen können, ergeben.

Fünfte Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der Minderjährigen.

§. 74.

Begriff eines Minderjährigen.

Minderjährig im weiteren Sinne des Worts ist nach den Grundsätzen des römischen Rechts ohne Unterschied des Geschlechts jeder, welcher das fünf und zwanzigste Jahr noch nicht zurückgelegt hat. Im engeren Sinne aber nennt das römische Recht den

Mündigen, welcher das fünf und zwanzigste Jahr noch nicht zurückgelegt hat, somit das Mädchen nach zurückgelegtem zwölften, den Jüngling nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre minderjährig (§. 51.). Ulpian

Fr. 1. §. 2. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

§. 75.

Geschichte der cura minorum.

Die Tutel — Vormundschaft der Unmündigen hörte mit der Mündigkeit auf nach Gajus

Comment. L. I. §. 196. p. 88. et 89.

und Ulpian

Fr. 11. §. 28. vergl. auch proëm. J. quibus modis tutela finitur (1, 22.)

Bey Frauenzimmern zwar trat dann die tutela foeminarum, wovon Gajus

Comment. L. I. §§. 148 — 154. p. 72. et 73. §. 157. p. 74. 173 — 184. p. 81 — 83. §. 194. et 195. p. 87. et 88. (merkwürdig ist namentlich seine Kritik §. 189. bis 193. p. 85 — 87.)

und Ulpian

Fr. 11. 1. 6. 7. 8. 20. 22. 24.

jedoch mit etwas beschränkterer Wirkung, ein, wovon Gajus

l. c. §. 190. p. 86. et L. II. §. 80. p. 116.

und Ulpian

Fr. l. c. 25. et 27.

Diese tutela foeminarum kennt jedoch die Justinianische Gesetzgebung nicht mehr. Wann sie aufgehört, und ob sie erst durch letztere verdrängt worden? ist ungewiß. Mündige Jünglinge waren sich selbst überlassen. Dieß änderte jedoch die Lex Laetoria

oder Plaetoria nach der Tabula Heracleensis, von welcher wir die erste vollständige — ja beinahe einzige Nachricht (denn die oberflächliche Erwähnung derselben von Cicero

de officiis L. III. cap. 15.

verdient wohl den Namen einer Nachricht nicht) von Julius Capitolinus haben. Dieser erzählt uns nämlich in der Lebensbeschreibung des

Marc. Ant. Philos. (Divus Marcus) cap. 10.

folgendes: „De curatoribus vero, cum ante non nisi „*ex lege Laetoria* vel *propter lasciviam;* vel „*propter dementiam* darentur, ita statuit, *ut om-* „*nes adulti curatores acciperent non redditis* „*causis*“ und daß unter diesen adultis die minores XXV. annis zu verstehen sind, ersieht man aus der

Const. 2. Cod. Theodos. de donat. (8, 12.)

nach welcher zu der legitima aetas das egredi annos Legis L oder Plaetoriae erfordert wird. Allein eben diese Stelle Capitolins ist wenigstens in früheren Zeiten auf verschiedene Weise ausgelegt worden. Einige haben nämlich behauptet, daß der Imperator Marc Antonin die cura minorum als eine Zwangs-Anstalt eingeführt habe, und somit jedem Minderjährigen ein Curator von Amtswegen habe bestellt werden müssen, dagegen Andere, daß auch nach dieser Verordnung dem Minderjährigen in der Regel gegen seinen Willen kein Curator habe aufgedrungen werden können. Prüfen wir nun die Stelle Capitolins genauer, so finden wir folgenden Sinn: nach der Lex L oder Plaetoria haben den Minderjährigen im engern Sinne des Worts nur „propter lasciviam,“ was hier wohl eine ungeordnete Aufführung im weitesten Sinne des Worts bezeichnet, oder „propter dementiam“ Mangel an Intelligenz, also nur reddita causa

oder ex causae cognitione, und zwar nur aus einer für den Minderjährigen ehrenrührigen oder wenigstens ihn einigermaßen herabsetzenden causa Curatoren bestellt werden können. Dieß habe der Imperator Marc Antonin aufgehoben, und verordnet, daß allen Minderjährigen auch ohne Angabe eines in der Lex L oder Plaetoria enthaltenen Grundes Curatoren bestellt werden sollen — non redditis causis. Somit erleichterte also Marc Antonin den Minderjährigen das Gesuch um Bestellung eines Curators, indem er die Minderjährigkeit selbst als einen hinreichenden Grund der Curatel ansah, keineswegs aber sprach er damit aus, daß die cura minorum als Zwangs-Anstalt eingeführt werden solle. Denn so finden wir noch eine Stelle Papinians, welcher nicht lange nach dem Imperator Marc Antonin lebte,

Fr. 13. §. 2. D. de tut. et cur. (26, 5.)

„Quoniam tamen *minoribus annorum desiderantibus* curatores dari solent" ja selbst die Justinianische Gesetzgebung

§. 2. J. de curat. (1, 23.)

„*Inviti* adolescentes curatores *non* accipiunt, praeterquam in litem," wozu wohl auch noch die sehr sprechende Stelle des Theophilus

Paraphr. Instit. L. II. tit. 8. §. 2. (Ed. Reitz, p. 314.)

„οἶδας γὰρ, ὅτε ὁ ἄνηβος „κουρατωρεύεται"	„scis enim, quando impuber curatorem habeat"

gehört, hat die cura minorum noch zu keiner Zwangs-Anstalt in der Regel erhoben. Ich trete daher auch mit aller Ueberzeugung der letzteren, in den neuesten Zeiten so ziemlich allgemeinen, Ansicht bey, daß nach römischem Recht die cura minorum in der Regel keine Zwangs-Anstalt gewesen seye. §. 76.

§. 76.

Unterschied der Minderjährigen nach den Grundsätzen des römischen Rechts.

Somit kannte also das römische Recht zweierlei Arten von Minderjährigen, nämlich bevormundete und nicht bevormundete, und daß hiernach auch ihre Rechts-Verhältnisse in Beziehung auf Verbindlichkeiten verschieden waren, werden wir sogleich sehen.

§. 77.

Verschiedene Rechts-Verhältnisse der Minderjährigen in Beziehung auf Verbindlichkeiten.

Die Hauptstelle über die verschiedenen Rechts-Verhältnisse der Minderjährigen in Beziehung auf Verbindlichkeiten ist ein Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Constit. 3. C. de in integr. restit. (2, 22.)

„Si *curatorem habens* minor XXV. annis post „pupillarem aetatem res vendidisti, *hunc contractum servari non oportet*, quum non absi„milis ei habeatur minor curatorem habens, cui a „Praetore, curatore dato, bonis interdictum est. „Si vero *sine curatore constitutus* contractum fe„cisti, *implorare in integrum restitutionem*, si „needum tempora praefinita excesserint, non pro„hiberis."

Sehr treffend geben uns nun auch die „Basiliken"

L. X. tit. 4. §. 53. (Ed. Fabr. Tom. I. p. 635.)

diese Stelle wieder:

„Θαυμαςὸν νόμιμόν φησιν
„ἡ διάταξις ἅυτη· ὅτι ὁ ἔ-
„φηβος, ἐι μὴν ἔχων κουρά-
„τωρα, πέπρακε πρᾶγμα
„παρὰ γνώμην τοῦ κουράτω-
„ρος, αὐτῷ τῷ νόμῳ ἄχρη-
„ςός ἐςιν ἡ πρᾶσις, ὡς μηδὲ
„ἀποκαταςάσεως αὐτὸν χρή-
„ζειν, ἐπειδὴ ὁ κουράτωρα
„ἔχων καὶ δίχα αὐτοῦ συν-
„αλλάττων, ἔοικε τῷ ἀσώ-
„τῳ, ᾧ τινι δέδοται παρὰ
„τοῦ πραίτωρος κουράτωρ.
„Ἐι μήν τοι μὴ ἔχων κουρά-
„τωρα πέπρακε πρᾶγμα ἴδιον
„ὁ ἐλάττων, τότε ἔῤῥωται
„μὴν τῷ νόμῳ ἡ πρᾶσις· διὰ
„δὲ τῆς ἀποκαταςάσεως αὐ-
„τὴν δύναται ἀνατρέπειν, ἐι
„μήπω παρῆλθον ὀι τῆς απο-
„καταςάσεως χρόνοι.“

„Mirabilem causam haec
„constitutio complecti-
„tur. Si pubes *cura-*
„*torem habens sine con-*
„*sensu curatoris* rem
„vendiderit, *ipso jure*
„*venditio nulla est,* ut
„restitutione non egeat,
„quia curatorem habens,
„et sine eo contrahens,
„similis est prodigo, cui
„curator a Praetore da-
„tus est. *Si vero sine*
„*curatore constitutus*
„minor rem suam ven-
„diderit, *venditio qui-*
„*dem valet, sed per*
„*integrum restitutio-*
„*nem eam revocare pot-*
„*est,* si necdum tempora
„praefinita restitutioni
„excesserint.“

§. 78.

Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 101. D. de V. O. (45, 1.)

Ehe ich aber zur Erläuterung dieser Stelle übergehe, habe ich vorerst noch einer andern des Paulus

Fr. 101. D. de V. O. (45, 1.).

„Puberes *sine curatoribus suis* possunt ex stipu-„latu obligari,“ welche der obigen geradezu zu widersprechen scheint, zu erwähnen. Die Glosse nämlich schon übersetzte das Wort „suis“ durch quos habent“, und setzte durch diese Erklärung unsere Stelle mit der obigen wirklich in Widerspruch. Allein ich gestehe

offen, daß ich auf das Wort „suis", auf welches man gewöhnlich ein so großes Gewicht legt, durchaus keines zu legen weiß, sondern es lediglich für einen Pleonasmus halte, und daß die Worte „sine cura-„toribus suis" für mich gerade den Sinn haben, wie die Ulpians

Fr. 7. §. 2. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„sine curatoribus" ohne den Beisatz „suis." Die Erklärung der Glosse enthält nämlich einen groben Verstoß gegen den Sprachgebrauch; denn die römischen Rechts-Gelehrten bedienten sich der Ausdrücke „sine tutore oder curatore" und „sine auctoritate „vel consensu tutorum vel curatorum" niemals als gleichbedeutender, sondern „sine tutore vel curatore" bezeichnet immer den Mangel eines Tutors oder Curators, während der bloße Mangel der Einwilligung des vorhandenen Tutors oder Curators immer durch den Ausdruck: sine auctoritate vel consensu tutoris „vel curatoris" bezeichnet wird. Wollte ich alle die Stellen, welche hiefür als Belege dienen könnten, anführen, so würde ich deren eine große Menge geben können; ich glaube aber mich Kürze halber auf die bereits abgedruckten beziehen zu können. Noch weiter aber muß ich bemerken, daß die römischen Rechts-Gelehrten, wenn sie auf das Wort „suis" ein Gewicht legen wollten, dasselbe als Beiwort immer dem Hauptwort voraussetzen, z. B. suus heres. Doch auch hierüber glaube ich mich auf Brisson

de V. S. sub voce „suus"

beziehen zu können. — Erscheint nun aber, wie ich gezeigt zu haben glaube, das Wort „suis" als pleonastisch, und bezeichnet der Ausdruck „sine curatori-„bus" immer nur den Mangel eines Curators, und nicht bloß den Mangel der Einwilligung desselben, so

enthält die Stelle des Paulus nichts anders als das Diocletian'sche Rescript.

§. 79.

Fortsetzung. Erläuterung des Const. 3. C. de in integr. restit. (2, 22.)

Das Diocletian'sche Rescript (§. 77.) aber unterscheidet zwischen solchen Minderjährigen, welche keinen Curator haben, und solchen, welche zwar einen Curator haben, aber ohne Einwilligung desselben verbindlich geworden sind. Die Verbindlichkeiten der ersteren erkennt es als rechtsbeständig an, und läßt dagegen nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu; den Verbindlichkeiten der letzteren aber spricht es alle Rechtskraft ab, indem es sie mit gerichtlich erklärten Verschwendern vergleicht. Nun möchte zwar hier die Frage entstehen: Ob nicht die Vergleichung solcher Minderjährigen mit Unmündigen passender gewesen wäre? Hierauf erwiedere ich Folgendes: Wir finden im römischen Recht eine, wenn auch nur theoretische (denn schreckliche Beispiele entgegengesetzter Praxis bietet die römische Geschichte), zarte Achtung für die natürliche Freiheit, und eine gewisse Scheu vor allen neuen sie beschränkenden Institutionen. Daher auch da, wo solche eingeführt worden, sichtbar nach einer Analogie des früheren Rechts gehascht wurde, an welche dann die neue Institution als eine der früheren gleichartige angereiht werden konnte. Mit der tutela impuberum ließ sich nun aber die cura minorum nicht vergleichen, weil hier die Mündigkeit und Unmündigkeit den Vergleichungs-Grund abgeschnitten hatte, somit ließ sich auch aus der tutela impuberum keine Analogie für die cura minorum ableiten, eine solche aber bot die cura prodigorum.

Wenn nun auch das Diocletian'sche Rescript den minorem einen prodigo non absimilem, nicht similem nennt, so will es damit nicht sagen, daß der minor durchaus mit einem prodigo zu vergleichen seye, sondern es bezieht sich dieser Ausdruck vielmehr auf die Analogie der cura beider in Beziehung auf Begründung der cura minorum. Denn so ist auch die cura prodigorum auf der cura furiosorum abgeleitet, und dennoch ist der prodigus dem furiosus auch nicht similis, sondern bloß non absimilis; wovon unten (§. 88.). Vielmehr sind die Minderjährigen, welche einen Curator haben, lediglich wie die Unmündigen zu behandeln, Minderjährige aber, welche keinen Curator haben, sind, da sie rechtskräftig verbindlich werden können, lediglich auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verwiesen.

§. 80.

Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Diese Wiedereinsetzung in den vorigen, d. h. den Stand vor eingegangener Verbindlichkeit, oder in den Stand, als ob keine Verbindlichkeit eingegangen worden wäre, haben wir nun genauer zu betrachten. Sie ist nämlich nach Ulpian

Fr. 1. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

ein prätorisches Institut, welches nicht bloß auf Minderjährige im engern Sinne des Worts beschränkt ist, sondern allen Minderjährigen zusteht, somit also auch den Unmündigen, wenn sie unter Auctorität ihres Tutors eine ihnen nachtheilige Verbindlichkeit eingegangen haben, nach

Modestin Fr. 29. pr. und Scävola Fr. 47. pr. } D. ej. tit.

§. 81.
In welchen Fällen diese Wiedereinsetzung statt finde, und in welchen nicht?

Die Wiedereinsetzung findet nun in der Regel überall da statt, wo es sich von Abwendung eines dem Minderjährigen drohenden Nachtheils, selbst wenn dieser Nachtheil nicht geradezu pecuniär seyn sollte, handelt, nach Ulpian

Fr. 6. D. de min. XXV. annis (4, 4.)
„Minoribus XXV. annis subvenitur per in integrum „restitutionem, *non solum cum de bonis eorum „aliquid minuitur; sed etiam cum intersit ipso„rum litibus et sumptibus non vexari*“ und

Fr. 7. D. ej. tit.
„Ait Praetor, gestum esse dicetur. *Gestum* autem „sic accipimus *qualiter, qualiter sive contractus „sit, sive quid aliud contigit.*“ Ausnahmsweise findet sie jedoch nicht statt:

1. wenn der Nachtheil sehr unbedeutend ist, nach Callistratus

Fr. 4. D. de in integ. restit. (4, 1.)
„Scio illud a quibusdam observatum, *ne propter „satis minimam rem vel summam:* si majori rei „vel summae praejudicetur; audiatur is, qui in in„tegrum restitui postulat.“

2. wo der Nachtheil durch ein ordentliches Rechtsmittel — eine civil-rechtliche Klage — im Gegensatz dieses prätorischen, oder eine Einrede abgewendet werden kann, nach Ulpian

Fr. 16. pr. et §. 1. D. de min. XXV. annis (4, 4.)
„In causae cognitione etiam hoc versabitur, num „forte *alia actio* possit competere circa in inte„grum restitutionem: nam si *communi auxilio*
(die „Basiliken“

L. X. tit. 4. §. 16. (Ed. Fabr. Tom. I. p. 622.)
„πολιτικὴ βοήθεια“ „civile auxilium) *et mero jure* „*munitus sit, non debet ei tribui extraordina-* „*rium auxilium,* utputa cum pupillo contractum „est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus „est. §. 1. Item relatum est apud Labeonem, si „minor circumscriptus societatem coierit, vel (etiam) „donationis caussa, nullam esse societatem nec inter „majores quidem. Diesen Satz erläutert nun auch Ulpian durch zwey einander entgegensetzte Beispiele. Denn einmal ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überall da überflüssig, wo der Minderjährige die Rechte der Unmündigen hat, und somit gar keine Klage gegen ihn statt findet (§. 62.), sodann aber auch da, wo jeder, selbst der Volljährige, durch die Gesetze geschützt ist, indem hier der Minderjährige — als solcher — keines besondern Rechts-Schutzes benöthigt ist. Zu den zwey Beyspielen des letzteren Falls, welche Ulpian gibt, und zwar zu dem ersteren finden wir eine Erläuterung von Paulus

Fr. 3. §. 3. D. pro socio (17, 2.)
„Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita „sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides „bona contraria est fraudi et dolo,“ und zu dem letzteren von Ulpian selbst

Fr. 5. §. 2. D. ej. tit.
„Donationis causa societas recte non contrahitur.“

4. wenn der Nachtheil bloß durch Zufall erfolgt ist, nach Ulpian

Fr. 11. §. 4. u. 5. D. de min. XXV. annis (4, 4.)
„Item non restituetur, qui sobrie rem suam ad- „ministrans, *occasione damni non inconsulte ac-* „*cidentis, sed fato,* velit restitui: nec enim „eventus damni restitutionem indulget, sed incon- „sulta facilitas. Unde Marcellus apud Julianum

„notat, si minor sibi servum necessarium compa-
„raverit, mox decesserit, non debere eum restitui:
„neque enim captus est emendo sibi rem perne-
„cessariam, licet mortalem. §. 5. Si locupleti he-
„res extitit, et subito hereditas lapsa sit (puta
„praedia fuerunt, quae chasmate perierunt, insulae
„exustae sunt, servi fugerunt, aut decesserunt) Ju-
„lianus quidem L. XLVI. sic loquitur, quasi possit
„minor in integrum restitui: Marcellus autem
„apud Julianum notat, cessare in integrum restitu-
„tionem: neque enim aetatis lubrico captus est ade-
„undo locupletem hereditatem: et quod fato con-
„tingit, cuivis patrifamilias, quamvis diligentissimo,
„possit contingere. Sed haec res adferre potest
„restitutionem minori, si adiit hereditatem, in
„qua res erant multae mortales, vel praedia urbana,
„aes autem alienum grave: quod non prospexit
„posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia
„ruant: vel quod non cito distraxerit haec, quae
„multis casibus obnoxia sunt." Erwägt man nun
diese Stelle genauer, so findet man, daß selbst wegen
eines Zufalls Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
ertheilt werden kann, wenn nämlich der Zufall in einer
Sache erfolgt ist, gegen welche der Minderjährige
hätte restituirt werden können. Gesetzt nämlich, der
Minderjährige kauft eine ihm durchaus überflüssige
Sache, welche nachher zu Grunde geht, im Beispiel
Ulpians einen Sklaven, welcher nachher natürlichen
Todes stirbt, so kann er hier restituirt werden, weil er
gegen den Kauf schon als ex inconsulta facilitate
hätte restituirt werden können; kauft er aber einen
ihm nothwendigen Sklaven, so kann er, weil der
eventus damni kein Restitutions=Grund ist (vergl.
auch Marcian §. 65. a. E.), nicht restituirt werden.

Was also Ulpian hier behauptet, ließe sich wohl in folgenden zwey Regeln ausdrücken: — Restitution gegen einen Zufall an und für sich kann niemals ertheilt werden. Hat sich aber ein nachtheiliger Zufall in einer Sache, gegen welche Restitution ertheilt werden konnte, ereignet, so hindert dieser die Restitution nicht, wonach die Regel Ulpians: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas so zu ergänzen wäre: „indultam autem inconsultae facilitati eventus damni non impedit."

5. Kann der Minderjährige gegen den Minderjährigen dann nicht restituirt werden, wenn und insoweit der Letztere hierdurch in unvermeidlichen Nachtheil gerathen würde, nach

Paulus, Rec. Sent. (1, 9, 4.)	Ulpian, Fr. 11. §. 6. D. ej. tit.
„Si minor XXV. annis „filiofamilias minori pe„cuniam credidit, *melior* „*est* causa consumentis; „*nisi locupletior ex hoc* „*inveniatur litis con*„*testatae tempore is, qui* „*accepit.*"	„Item quaeritur, si mi„nor adversus minorem „restitui desiderat, an sit „audiendus? et Pompo„nius simpliciter scribit, „non esse restituendum. „Puto autem inspicien„dum a Praetore, *quis* „*captus sit:* proinde *si* „*ambo capti sunt,* verbi gratia, *minor minori pe*„*cuniam dedit, et ille perdidit: melior* est *causa* „secundum Pomponium *ejus, qui accepit, et* (vel) „*dilapidavit, vel perdidit.*"

§. 82.

In wie weit Minderjährige auch gegen Verbindlichkeiten ex delicto vel quasi delicto restituirt werden können?

Eine besondere Untersuchung verdient aber die Frage: In wie weit Minderjährige gegen Verbind-

lichkeiten ex delicto vel quasi delicto restituirt werden können? Daß übrigens bey dieser Frage nur Minderjährige, welche bereits mündig, oder der Mündigkeit näher als der Kindheit sind, unterstellt werden können, versteht sich nach dem oben (§. 54.) Vorgetragenen von selbst. Hierüber Ulpian

Fr. 9. §. 2. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Nunc videndum, minoribus utrum in *contractibus* „captis duntaxat subveniatur, an etiam *delinquenti-* „*bus*: utputa dolo aliquid minor fecit in re deposita, „vel commodata, vel alias in contractu: an ei sub- „veniatur? Et placet *in delictis minoribus non* „*subveniri*: nec hic itaque subvenietur. Nam et „si furtum fecerit, vel damnum injuria dedit: non „ei subvenietur. Sed si cum ex damno dato con- „fiteri possit, ne dupli teneatur, maluit negare: in „hoc solum restituendus sit, ut pro confesso ha- „beatur. Ergo et si potuit pro fure damnum de- „cidere magis quam actionem dupli vel quadrupli „pati, ei subvenietur.“ Tryphonin

Fr. 37. §. 1. D. ej. tit.

„In delictis autem minor annis XXV. non meretur „in integrum restitutionem: utique atrocioribus; „nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad me- „diocrem poenam judicem perduxerit.“ Diese beiden Stellen sind aber nun zu erläutern: Ulpian und Tryphonin behaupten beide, daß minores delinquentes nicht restituirt werden können. Ein delictum, Vergehen oder Verbrechen aber hat zweierley Folgen, einmal eine natürliche — civilrechtliche, nämlich die Verbindlichkeit zum Ersatz des hiedurch gestifteten Schadens, sodann aber noch eine andere lediglich positive, nämlich die eines Uebels, welches die positive Gesetzgebung für dasselbe bestimmt hat — eine strafrechtliche.

Nach den Grundsätzen des römischen Rechts aber kann dieses Uebel, Strafe genannt, entweder nur auf Anrufen des Beschädigten statt finden (delicta privata)

tot. tit. D. de privat. del. (47, 1.)

und besteht in diesem Fall in einem mehrfachen Ersatze, oder auf Anrufen eines jeden Andern (publica delicta)

§. 1. J. de publ. judic. (4, 18.)

„Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo „executio eorum plerumque datur," und dann kann es in Vermögens-Verlust, einer Freiheits-, Leibes-, oder Lebens-Strafe bestehen. Mit den Privat-Vergehen oder Verbrechen aber hängen nur die sogenannte actiones mixtae — gemischte Klagen, — quibus rem et poenam persequimur, nach Gajus

Comm. L. IV. §. 9. p. 300. §. 19. J. de act. (4, 6.)

d. h. solche Klagen, wodurch ein mehrfacher Betrag der Entschädigung, und zwar der einfache als Entschädigung, der weitere als Privat-Strafe (poena) gefordert werden kann, sodann die reinen Straf-Klagen — actiones poenales — quibus poenam tantum consequimur, und neben welchen immer noch eine andere Klage für die civilrechtliche Entschädigung besteht, nach Gajus

Comm. L. IV. §. 8. p. 300. §. 8. J. de act. (4, 6.)

zusammen. Wenn nun die oben erwähnten Rechts-Gelehrten den Satz: daß gegen delicta keine Restitution statt finde, aufstellen, so haben sie beide zunächst die civilrechtlichen Folgen — die civilrechtlichen aus solchen entspringenden Verbindlichkeiten — im Auge. Dieß zunächst drückt Ulpian durch den Satz: „nam „et si furtum fecerit, vel damnum injuria dedit; „non ei subvenietur" aus. Nun geht er aber auf die strafrechtlichen, und zwar die privat-strafrechtlichen

Folgen über, und behauptet: daß, wenn der z. B. ex lege Aquilia belangte Minderjährige geläugnet, und somit eine actionem mixtam auf doppelten Ersatz (§. 45.) gegen sich begründet habe, er wenigstens insoweit zu restituiren seye, daß er als geständig angenommen werden könne, somit also auch nur die einfache civilrechtliche Entschädigung zu leisten habe. Nun geht er auf ein anderes Beispiel, nämlich das furtum über, und behauptet, daß der Minderjährige wenigstens insoweit restituirt werden könne, daß ein über den Betrag des Diebstahls zwischen ihm und dem Bestohlenen zu Stande gekommener Vergleich angenommen werde, die Worte Ulpians „pro fure „damnum decidere" übersetzen nämlich die Basilicen

L. X. tit. 4. §. 9. (Ed. Fabr. Tom. I. p. 619.)

ganz richtig:

„ἐπὶ τῆς κλοπῆς διαλύ-„σασθαι."	„in furto transigere,"

wonach er also auch bloß die civilrechtliche Entschädigung zu leisten hatte. Den Grund aber, warum bey der Klage ex lege Aquilia kein Vergleich angenommen werden konnte, führt Paulus an:

Rec. Sent. 1, 19, 1.

„Ex his causis, quae inficiatione duplantur (§. 45.), „pacto decidi non potest," woraus sich zugleich die Richtigkeit der Uebersetzung der Basilicen ergibt. Der kurze Sinn der Stelle Ulpians ist also der: Gegen die civilrechtlichen Folgen eines Vergehens oder Verbrechens können Minderjährige niemals, wohl aber können sie gegen die strafrechtlichen Folgen, insofern diese in einer Privat-Strafe bestehen, restituirt werden, und damit stimmt auch Tryphonin überein, wenn er behauptet, daß bey delictis atrocioribus,

worunter er, wie wir aus einer Stelle des Paulus
Rec. Sent. 1, 9, 1.
ersehen: „Minor XXV. annorum si aliquod flagi-
„tium admiserit, *quod ad publicam coërcitionem*
„*spectet*, ob hoc in integrum restitui non potest"
wohl die delicta publica versteht, der Minderjährige
gar nicht, weder in Hinsicht auf die civil-, noch auf
die strafrechtlichen Folgen restituirt werden, und Min-
derjährigkeit höchstens als Milderungs-Grund dienen
könne.

§. 83.

Von den Folgen und der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Wir haben nun noch die Folgen und die Wirkung
der Restitution genauer zu erwägen. Hierüber Paulus
Fr. 24. §. 4. D. de min. XXV. annis (4, 4.)
„Restitutio autem ita facienda est, *ut unusquisque*
„*integrum jus suum recipiat.* Itaque si in ven-
„dendo fundo circumscriptus restituetur, jubeat
„Praetor emtorem fundum cum fructibus reddere
„et pretium recipere: nisi si tunc dederit, cum
„eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea
„pecunia, quae ei consumpturo creditur. Sed
„parcius in venditione: quia aes alienum ei solvi-
„tur, quod facere necesse est, credere autem non
„est necesse: nam et si origo contractus ita con-
„stitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pre-
„tium solvi, non omnimodo emtor damno adficien-
„dus est." Paulus behauptet somit, die Restitution
könne nur unbeschadet des beiderseitigen früheren
Rechts-Zustandes erfolgen. Nun geht er auf ein
Beispiel, wenn der Minderjährige gegen den Verkauf
eines Guts restituirt worden ist, über, und behauptet,
daß der Käufer das Gut und der Minderjährige den

hiefür erhaltenen Preis zurückerstatten müsse. Früchte und Zinsen können jedoch nach einer andern Stelle desselben

Rec. Sent. 1, 9, 7.

„Minor adversus emptorem in integrum restitutus, „pretio restituto fundum recipere potest. Fructus „enim in compensationem usurarum penes empto- „rem manere placuit.“ gegeneinander aufgehoben werden. Doch seye der Minderjährige zu Erstattung des Preises in dem Falle nicht verbunden, wenn der Käufer ihm denselben, unerachtet er die zwecklose Verwendung desselben vorausgesehen, quasi perdituro bezahlt habe. Licht über diese Worte gibt die Stelle Ulpians

Fr. 12. §. 11. D. Mand. (17, 1.)

„Si adolescens luxuriosus mandet tibi, *ut pro me- „retrice fidejubeas*, idque tu *sciens* mandatum „susceperis, non habebis mandati actionem, quia „simile est, quasi *perdituro* (die Basiliken

L. II. tit. 14. §. 12. [Ed. Fabr. Tom. II. p. 141.]

übersetzen dieß durch „ἀσώτῳ“ „prodigo“) „pecuniam „sciens credideris.“ Doch müsse mit dem Käufer glimpflicher als mit demjenigen, welcher dem Minderjährigen zu zweckloser Verwendung Geld geliehen habe, verfahren werden, denn der Käufer habe ja nur eine Schuld bezahlt, wozu er nöthigenfalls rechtlich hätte angehalten werden können, der Darleiher aber habe dem Minderjährigen ganz freiwillig geliehen. Er, Paulus könne daher auch nicht glauben, daß der Käufer unter allen Umständen seinen, wenn gleich von dem Minderjährigen zwecklos ausgegebenen, Kaufpreis verlieren solle, wie denn auch, wenn der Kauf als ursprünglich nichtig aufgehoben worden, der Käufer den Kaufpreis nicht unter allen Umständen verliere. Hier gibt nun Paulus mehrere Zweifels-, aber durch-

aus keine Entscheidungs-Gründe, denn sein „parcius“ hat er durchaus nicht näher motivirt, und es so unmotivirt auf einzelne Fälle anzuwenden möchte wohl sehr schwierig seyn. Auch steht er mit seinen Zweifels-Gründen allein, denn anders und bestimmt sprechen sich Gajus, Modestin und Scävola aus, deren Meinung wir nun auch vernehmen wollen.

Scävola Fr. 47. §. 1. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Curator adolescentium „praedia communia sibi, „et his, quorum curam „administrabat, vendidit: „quaero, si decreto Prae„toris adolescentes in in„tegrum restituti fuerint, „an eatenus venditio res„cindenda sit, quatenus „adolescentium pro par„te fundus communis „sit? respondi, eatenus „rescindi; nisi si emptor „a toto contractu velit „discedi, quod partem „empturus non esset. Item „quaero: emptor utrum „a Sejo et Sempronio „pupillis pretium cum „usuris recipere deberet, „an vero ab herede cura„toris? Respondi: he„redes quidem curatoris „teneri; verum in Sejum

Gajus Fr. 27. §. 1. D. ej. tit.

„Si pecuniam, quam „mutuam minor accepit, „dissipavit, denegare de„bet Proconsul creditori „adversus eum actionem: „quod si egenti minor „crediderit, ulterius pro„cedendum non est, „quam ut jubeatur ju„venis actionibus suis, „quas habet adversus „eum, cui ipse credidis„set, cedere creditori „suo. Praedium quoque „si ex ea pecunia pluris, „quam oporteret, emit, „ita temperanda res erit, „ut jubeatur venditor „reddito pretio recupe„rare praedium: ita ut „sine alterius damno „etiam creditor a juvene „suum consequatur. Ex „quo scilicet simul in-

(Scävola.)
„et Sempronium pro „parte, qua eorum fun„dus fuit actiones dandas: „*utique si ad eos accep„ta pecunia pro eadem „parte pervenisset.*“

Modestin, Fr. 32. §. 4. D. de adm. tut. (26, 7.)
„Interposito curatore ad„olescens fundum Titio „vendidit: postea agni„ta fraude in integrum „restitutus, in possessio„nem induci jussus est. „*Quaero: an, cum ex „hac venditione melior „factus non est, neque „in rem suam quidquam „versum probetur, pre„tium emtori restituere „non debeat? Mode„stinus respondit; pre„tium fundi ab adoles„cente venundati, si ra„tionibus ejus non pro„fuit, nec quicquam de eo (a) judicante de in „integrum restitutione statutum est, emtorem „frustra postulare.*“

(Gajus.)
„telligimus, quid obser„vari oporteat, *si sua „pecunia pluris, quam „oportet, emerit:* ut ta„men hoc et superiore „casu venditor, qui pre„tium reddidit, etiam „usuras, quas ex ea pe„cunia percepit aut per„cipere potuit, reddat, et „fructus, *quibus locu„pletior factus est juve„nis,* recipiat: Item ex „diverso, *si minore pre„tio, quam oportet, ven„diderit adolescens: „emtor quidem juberi „dedebit praedia cum „fructibus restituere, „juvenis autem eatenus „ex pretio reddere, qua„tenus ex ea pecunia „locupletior est.*“

— Sämmtlich diese sind nämlich darüber einverstanden, daß der Minderjährige den Kaufpreis — nur, in so ferne er hiedurch bereichert worden — zu ersetzen habe, und kennen somit das sehr schwankende „parcius“ des Paulus nicht, ja auch der Schlußsatz des Paulus, daß

daß wenn der Kauf als nichtig aufgehoben worden, der Käufer den Kaufpreis nicht unter allen Umständen verliere, ist wenigstens nach der späteren Jurisprudenz, worüber zwey Rescripte der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 10. et 16. C. de praediis et aliis reb. min. (5, 71.)

in Beziehung auf die ohne Decret veräußerten Grundstücke der Minderjährigen vorliegen, unrichtig. Paulus Zweifels-Gründe scheinen somit nirgends Eingang gefunden zu haben, und die Compilatoren der Digesten haben, indem sie diese Stelle des Paulus aufnahmen, sich gegen ihre Instruction

Const. prima (Deo auctore) de concept. Digest. §. 8. „Nulla in omnibus praedicti Codicis membris an-„tinomia aliquem sibi vindicet locum, sed sit una „concordia, una consequentia adversario nemine „constituto"

unfehlbar benommen. Dieß hindert uns jedoch — um so mehr, als die Meinung des Paulus durchaus nicht näher motivirt, und vielmehr nur als Zweifel gegen die andere und in Form von Zweifels-Gründen vorgetragen ist — durchaus nicht — die Meinung der übrigen, daß nämlich der Minderjährige nach erfolgter Restitution nur in so weit, als er sich bereichert findet, Ersatz zu leisten habe — als die geltende anzunehmen.

§. 84.

Von der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf eine von dem Minderjährigen eingegangene Novation.

Welche Wirkung aber die Restitution insbesondere auf eine von dem Minderjährigen eingegangene Novation äußere? darüber Pomponius

Fr. 50. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„INius Diophantus Pomponio suo salutem. Mi-
„nor XXV. annis novandi animo intercessit pro
„eo, qui temporali actione tenebatur, tunc, cum ad-
„huc supererant decem dies, et postea in inte-
„grum restitutus est: utrum restitutio, quae cre-
„ditori adversus priorem debitorem datur, decem
„dierum sit, an plenior? Ego didici, ex tempore
„in integrum restitutionis tantundem temporis prae-
„standum, quantum supererat: tu, quid de eo pu-
„tas, velim rescribas. Respondit: sine dubio, quod
„de temporali actione, in qua intercessit minor,
„sensisti, puto verius esse: ideoque et pignus,
„quod dederat prior debitor, manet obligatum."
Zunächst ist nun freilich die vorliegende Frage in die-
ser Stelle nicht beantwortet, allein eben daraus, daß
Diophantus nicht darüber: ob die durch die No-
vation aufgehobene Verbindlichkeit durch die Resti-
tution wieder auflebe? sondern nur über ihre Lebens-
Dauer sich im Zweifel befand, und Pomponius
seiner Ansicht über letztere unbedingt beypflichtete,
läßt sich wohl mit aller Zuverläßigkeit annehmen, daß
eine durch die von einem Minderjährigen eingegan-
gene Novation aufgehobene Verbindlichkeit durch die
Restitution wieder auflebe, und daß dieß weder dem
Diophantus noch dem Pomponius im minde-
sten zweifelhaft erschien, und hiemit stimmt nun auch
ein Rescript des Imperators Antonin

Const. 1. C. de reput. (2, 48.)

„Sed et si intercessor minor XXV. annis interve-
„nerit, *in veterem debitorem debet restitui ac-*
„*tio*" überein. Auch steht die Stelle Papinians

Fr. 48. §. 1. D. de fidej. (46, 1.)

„Huic similis et illa quaestio videri potest: ob ae-
„tatem si restituatur in integrum unus fidejussor,

„an alter onus obligationis integrum excipere de-
„beat? sed ita demum alteri totum irrogandum est,
„si postea minor intercessit, propter incertum ae-
„tatis ac restitutionis. *Quod si dolo creditoris*
„inductus sit minor, ut fidejubeat, non magis
„creditori succurrendum erit adversus confide-
„jussorem, quam si facta novatione circumvento
„minore desideraret in veterem debitorem uti-
„lem actionem sibi dari“ — hiermit nicht im Wi-
derspruch, denn man muß nur, wie dieß auch in den
Basiliken

L. XXVI. tit. 1. §. 48. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 104.)

„ὥσπερ οὔτε ἡνίκα κατὰ δό-
„λον μεταγάγῃ εἰς ἀφῆλικα“

„nec si minor *dolo cre-*
„ditoris pro debitore ex-
„promiserit novatione
„facta.“

ganz richtig bemerkt ist, das Wort „dolo“ welches
im ersten Satze steht, auch in den letzteren vor die
Worte „facta novatione“ setzen. Hier spricht Pa-
pinian von einem ganz andern Falle, nämlich von
demjenigen, wo die Verbindlichkeit aus einem objec-
tiven Grunde, nämlich wegen des dolus des Gläu-
bigers, und nicht bloß aus einem subjectiven Grunde,
wegen Minderjährigkeit des Schuldners, aufgehoben
wurde. Denn da in dem vorliegenden Falle die frü-
here Verbindlichkeit durch die Novation aufgehoben,
und die neue wegen dolus des Gläubigers zernichtet
wurde, so ist offenbar gar keine Verbindlichkeit mehr
vorhanden, und somit auch kein Rückfall derselben an
den früheren Gläubiger denkbar, wogegen, wenn der
Minderjährige nur wegen seiner Minderjährigkeit re-
stituirt wird, die Verbindlichkeit an und für sich im-
mer noch vorhanden ist, und nur das Subject dersel-

ben sich ändert, diese somit auch nach den Grundsätzen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von selbst auf den früheren Gläubiger zurückfällt (vergl. auch §. 85.).

§. 85.

Ob nach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht wenigstens noch eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe?

Wir haben schon oben (§. 72.) gesehen, daß Unmündige auch ohne Auctorität ihrer Tutoren wenigstens objective natürliche Verbindlichkeiten eingehen, und es fragt sich nun: ob nach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht wenigstens eine solche objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe? Doch ich will hier zu Erläuterung mich eines Beispiels bedienen: Wenn der Minderjährige gegen ein ihm nachtheiliges Rechts-Geschäft restituirt worden ist, so hängt es ganz von ihm ab, die Folgen der Restitution für sich geltend zu machen, er kann aber von seinem Gegner nicht hierzu gezwungen werden nach Julian

Fr. 41. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Si judex circumvento in venditione adolescenti „jussit fundum restitui eumque pretium emtori „reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitu„tione, poenitentia acta: exceptionem utilem ad„versus petentem pretium, quasi ex causa judicati, „adolescens habere poterit: *quia unicuique licet „contemnere, quae pro se introducta sunt.* Nec „queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam „causam, in qua se ipse constituit, et quam mu„tare non potuisset, si minor auxilium Praetoris „non implorasset.“ Gesetzt nun, der Minderjäh-

rige macht von der Restitution keinen Gebrauch, und trägt jener ungeachtet die Verbindlichkeit ab, so kann zwar er vermöge seiner Eigenschaft als Minderjähriger, vermöge welcher er selbst gegen die Restitution — Restitution nachsuchen kann, nach **Ulpian**

Fr. 7. §. 9. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Restitutus autem, cum se hereditati misceat, „vel eam adeat, quam repudiavit, rursus restitui „poterit, ut se abstineat: et hoc rescriptum et „responsum est" — immer noch die Rückforderungs-Klage anstellen, dagegen aber steht seinem volljährigen Erben die Rückforderung nicht zu. Hiefür gibt uns auch **Scävola**

Fr. 67. §. 4. D. de cond. indeb. (12, 6.)

einen merkwürdigen Beleg: „Lucius Titius Gajo „Sejo minori annis XXV. pecuniam certam credi„dit, et ab eo aliquantum usurarum nomine acce„pit: et Gaji Seji minoris heres adversus Publium „Maevium (sollte wohl „Lucium Titium" oder „muß es oben statt „Lucius Titius" „Publius Mae„vius" heißen) a Praeside provinciae in integrum „restitutus est, ne debitum hereditarium solveret: „(et) nec quicquam de usuris ejusdem sortis, quas Se„jus minor annis XXV. exsolverat, repetendis trac„tatum apud Praesidem, aut ab eo est pronuntia„tum. Quaero: *an usuras, quas Gajus minor* „*annis XXV. quoad viveret, creditori exsol*„*verit, heres ejus repetere possit? Respondit,* „*secundum ea, quæ proponerentur, condici id,* „*quod usurarum nomine defunctus solvisset, non* „*posse. Item quaero, si existimes repeti non* „*posse, an ex alio debito heres retinere eas pos*„*sit? Respondit, ne hoc quidem.*" Betrachten

wir nun diesen Fall genauer. Ein Minderjähriger hatte von Jemand ein Darleihen erhalten, und hievon dem Darleiher Zinse bezahlt. Nach seinem Tode suchte sein Erbe gegen das Darleihen Restitution nach, wozu er nach Ulpian

Fr. 18. §. 5. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Non solum autem minoribus, verum *successori-* „*bus quoque minorum datur in integrum resti-* „*tutio, et si sint ipsi majores*" — berechtigt war, der von dem Minderjährigen bereits bezahlten Zinse wurde jedoch hiebey nicht erwähnt, und nun fragt der Erbe: ob er die von dem dem Erblasser bezahlten Zinsen nicht auf den Grund jener Restitution zurückfordern könne? Hierauf erwiedert ihm nun Scävola: keineswegs komme ihm die condictio, eben so wenig aber auch die retentio ex alio debito — nämlich die compensatio zu. Der Grund hiervon ist aber lediglich darin zu suchen, weil durch die Bezahlung der Zinse eine objective natürliche Verbindlichkeit entstanden ist, welche sich zwar gegenüber von dem Minderjährigen (§. 72. — quia persona locum facit repetitioni —) nicht subjectiviren konnte, bey seinem volljährigen Erben aber sich subjectivirt hat, und somit eine sub- und objective, damit aber eben auch die — Rückforderung ausschließende — natürliche Verbindlichkeit geworden ist. Wir müssen daher auch den obigen Satz Ulpians, daß die Restitution wegen Minderjährigkeit auch den volljährigen Erben des Minderjährigen zustehe, auf Restitutionen gegen solche Verbindlichkeiten, welche der Minderjährige selbst oder dessen Erbe nicht bereits abgetragen hat, beschränken, weil durch den Abtrag des Minderjährigen oder des Erben für letzteren eine natürliche Verbindlichkeit

entstanden ist. Doch gerade das Zurückbleiben einer objectiven Verbindlichkeit nach der Restitution könnte aus einem sehr scheinbaren Grunde bestritten werden. Man könnte nämlich so schließen: Wenn der Unmündige auch ohne Auctorität seines Tutors mittelst Novation eine Verbindlichkeit übernommen hat, so wird, wenn gleich er selbst subjectiv nicht verbindlich wird, die frühere Verbindlichkeit aufgehoben, weil wenigstens eine neue objective Verbindlichkeit vorhanden ist (§. 72.). Wenn aber der Minderjährige gegen eine mittelst Novation übernommene Verbindlichkeit restituirt worden ist, so fällt diese auf den früheren Gläubiger zurück, folglich bleibt auch keine objective Verbindlichkeit des Minderjährigen übrig, weil sonst die frühere Verbindlichkeit nicht wieder aufleben könnte (§. 84.). Allein man erinnere sich doch der Regel des Theophilus, welche er aus Gelegenheit der Ausnahme einer von einem Sklaven mittelst Novation übernommenen Verbindlichkeit gibt: daß nämlich bey der Novation, wenn die frühere Verbindlichkeit hierdurch aufgehoben werden solle, es nicht genüge, daß eine bloß objective Verbindlichkeit vorhanden, sondern auch daß sie mit einem Rechts-Subject eingegangen worden seye. Nun wird aber durch die Restitution gerade das Rechts-Subject entrückt, und die Sache in den Zustand versetzt: „ac si postea nullus stipulatus fuisset," wie sich die Institutionen (§. 72.) ausdrücken. Lediglich also deßwegen, weil durch eine bloß objective nachherige Verbindlichkeit die frühere nicht aufgehoben, durch die Restitution aber, welche der Verbindlichkeit das Rechts-Subject entzieht, die Sache in den Zustand versetzt wird, als ob sie mit keinem Rechts-Subject eingegangen, und somit die neue Verbindlichkeit zu einer rein objectiven

mit keinem Rechts-Subject eingegangenen herabgedrückt wird, lebt die frühere wieder auf, und damit wäre auch dieser mögliche Einwurf beseitigt. Weitere Belege für den Satz: daß auch nach der Restitution noch eine objective Verbindlichkeit zurückbleibe, werden wir weiter unten (§. 94.) finden.

Sechste Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der gerichtlich erklärten Verschwender.

§. 86.

Begriff eines Verschwenders (prodigus).

Einen Verschwender (prodigus) nennt Ulpian

Fr. 1. D. de curat. furioso (27, 10.)

„hominem, qui neque tempus, neque finem ex-„pensarum habet, sed bona sua dilacerando et dis-„sipando profudit" somit einen Menschen, welcher das richtige Verhältniß zwischen seinen Einnahmen und Ausgaben durchaus nicht einzuhalten weiß.

§. 87.

Geschichte der cura prodigorum.

Geschichtliche Nachrichten über die cura prodigorum hat uns Ulpian aufbewahrt, und diese sind wohl auch von den Verfassern der Institutionen benützt worden. Ulpian

Frag. 12, 2. et 3.

„Lex XII. Tabularum „furiosum, *itemque pro-* „*digum, cui bonis inter-* „*dictum est,* in curatione „jubet esse adgnatorum.

„§. 3. A *Praetore* „constituitur curator, „quem ipse Praetor vo- „luerit, libertinis pro- „digis itemque ingenuis, „*qui ex testamento pa-* „*rentis heredes facti,* „male dissipant bona: „*his enim ex lege cura-* „*tor dari non poterat:* „cum ingenuus quidem „non ab intestato, sed ex „testamento heres factus „sit patri: libertinus au- „tem nullo modo patri „heres fieri possit, qui „nec patrem habuisse vi- „deatur, cum servilis cog- „natio nulla sit."

Fr. 1. D. de curat. furioso (27, 10.)

„Lege XII. Tabularum „prodigo interdicitur bo- „norum suorum admi- „nistratio: quod mori- „bus quidem introduc- „tum est. Sed solent ho- „die Praetores vel Prae- „sides etc. curatorem ei „*dare exemplo furiosi.*

§. 3. J. de curat. (1, 23.)

„Furiosi quoque et *pro-* „*digi,* licet majores XXV. „annis sint, tamen in cu- „ratione sunt adgnato- „rum ex lege XII. Tabu- „larum. Sed solent Ro- „mae praefectus urbis, „vel Praetor, et in pro- „vinciis Praesides ex in- „quisitione eis curatores „dare."

Wenn nun auch noch in den neuesten Zeiten viel darüber gestritten worden ist, ob die cura prodigorum wirklich schon durch die Zwölftafel-Gesetze eingeführt, oder ob sie nicht vielmehr der in denselben aufgeführten cura furiosorum nachgebildet worden seye? so scheint mir diejenige Ansicht, welche sich auf Ulpians Fragmente gründet, die richtige zu seyn, daß nämlich nur derjenigen prodigorum, welche ge-

setzliche (Intestat=) Erben ihres Vaters waren, das Zwölftafel=Gesetz gedacht, denjenigen prodigis aber, welche testamentarische Erben ihres Vaters waren, der Prätor nach Analogie der Zwölftafel=Gesetze einen Curator bestellt habe. Die Formel, mit welcher ein prodigus seines Vermögens entsetzt wurde, hat uns Paulus aufbewahrt:

Rec. Sent. (4, 7.)

„Moribus per Praetorem interdicitur hoc modo: „*Quando tibi bona paterna avitaque nequitia* „*tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem per-* „*ducis: ob eam rem tibi ea re commercioque in-* „*terdico.*“

§. 88.

Untersuchung der Frage: ob der prodigus durchaus dem furiosus gleich zu stellen seye?

Wie dem nun aber auch sey: ob die cura prodigorum ganz oder zum Theil schon durch die Zwölftafel=Gesetze, oder durch ein Gewohnheits=Recht oder die Jurisprudenz eingeführt worden? so ist wenigstens so viel richtig, daß letztere den prodigus mit dem furiosus auf eine Stufe stellte. Aber eine förmliche Gleichstellung beider ist deßwegen noch nicht anzunehmen, denn das omne simile claudicat hat sich auch hier bewährt, und wenn gleich Pomponius

Fr. 40. D. de R. J. (50, 17.)

„Furiosi, *vel ejus, cui bonis interdictum sit,* „*nulla voluntas est*“ zu dem Schluß einer förmlichen und gänzlichen Gleichstellung Veranlassung geben könnte, so hat doch eine solche, wie ich zeigen werde, nie Statt gefunden; denn so ist schon der Satz Ulpians

Fr. 18. pr. D. qui test. fac. poss. (28, 1.)

„Is, cui lege bonis interdictum est, testamentum „facere non potest“

vergl. auch §. 2. J. quibus non est permiss. (2, 12.)

nicht aus der Gleichstellung des furiosus und des prodigus, sondern wie uns Ulpian selbst

Fr. 20, 13.

belehrt, lediglich daraus zu erklären „quoniam com- „mercium illi interdictum est, et ob id familiam „mancipare non potest,“ und wenn gleich nachher das testamentum per aes et libram, wovon Gajus

Comment. L. 2. §§. 102 — 105. p. 124 — 126.

und Ulpian

Fr. 20, 2. et 9. vergl. auch §. 1. J. de test. ord. (2, 10.) u. Theophilus, Paraphr. ad hunc §um (Ed. Reitz, Tom. I. p. 331. et 332.)

aus welchem somit zunächst die Testaments-Unfähigkeit des prodigus abzuleiten ist, aufgehört hatte, so blieb doch dieser Folgesatz immer stehen. Namentlich aber wäre es nicht nur zwecklos, sondern sogar zweckwidrig gewesen, dem Verschwender, welchen man nur vor leichtsinniger und zweckwidriger Verminderung seines Vermögens schützen wollte, auch den Weg und die Mittel zu Vermehrung desselben abzuschneiden, daher auch er sich wohl Andere, nicht aber Andern sich verbindlich machen kann, und in ersterer Beziehung den Unmündigen, bey welchen gleiche Grundsätze des Staats-Schutzes vorwalten, in letzterer aber dem willenlosen unfreien Wahnsinnigen gleich zu setzen ist. So auch Ulpian

Fr. 9. §. 7. D. de R. O. (12, 1.)	Fr. 6. D. de V. O. (45, 1.)
„Sed et, si ei numeravero, „cui postea bonis inter- „dictum est, mox ab eo	„Is cui bonis interdictum „est, stipulando sibi ad- „quirit, tradere vero non

„stipuler, puto pupillo
„eum comparandum:
„quoniam et stipulando
„sibi acquirit.“

„potest, vel promittende
„obligari.“

und Pomponius

Fr. 3. D. de novat. (46, 2.)

„Cui bonis interdictum est, novare obligationem „suam non potest, nisi meliorem suam conditio„nem fecerit“ und das Scholion des Stephanus zu dem

Fr. 9. §. 7. D. de R. C. (12, 1.)

in den „Basiliken“

Ed. Fabr. Tom. III. p. 254.

„Σημείωσαι δὲ ὅτε τὸν ἄσω-
„τον ἀπεικάζει τῷ πουπίλλῳ,
„καὶ οὐχὶ τῷ μαινομένῳ·
„τοῦτο δὲ κατὰ τὸ Φιλαγα-
„θὸν, ἵνα δύνηται κατὰ μί-
„μησιν τοῦ πουπίλλου, καὶ
„δίχα τῆς τοῦ κηδεμόνος αὐ-
„θεντίας κτᾶσθαι ἔνοχον·
„ἐι γὰρ ἀπείκασεν αὐτὸν τῷ
„μαινομένῳ, πρόδηλον ὅτι
„οὐδὲν ἐπερωτᾶν ἠδύνατο·
„ὁ γὰρ μαινόμενος οὐδὲ ἓν
„δύναται πράττειν συνάλ-
„λαγμα.“

„Nota autem prodigum
„hic comparari pupillo,
„non furioso: idque be-
„nigna ratione, ut ad si-
„militudinem pupilli
„etiam sine curatoris
„auctoritate alium sibi
„obligare possit: caete-
„rum, si furioso compa-
„rasset, utique nec sti-
„pulari posset: furiosus
„enim nullum negotium
„contrahere potest.“

Somit können wir jetzt also den ganz bestimmten Satz aufstellen, daß der gerichtlich erklärte Verschwender dem Wahnsinnigen nur in dem Falle gleich zu setzen ist, wenn er selbst Andern verbindlich wird, den Unmündigen aber, wo Andere ihm verbindlich werden. Eine nothwendige Folge aus dem erstern Theil die-

ses Satzes aber ist, daß wenn der gerichtlich erklärte Verschwender Andern verbindlich wird, nicht einmal eine objective natürliche Verbindlichkeit entsteht, wie bey Unmündigen, welche ohne Auctorität ihres Tutors Andern verbindlich geworden sind, und daß somit auch, wenn er ohne Einwilligung seines Curators eine Verbindlichkeit auf dem Wege der Novation übernimmt, die frühere durchaus nicht aufgehoben wird (§. 72.).

§. 89.

Nähere Untersuchung der Frage: In wie weit Verschwender ex delicto vel quasi delicto verbindlich werden?

Eine nähere Untersuchung verdient aber noch die Frage: In wie weit die Verschwender ex delicto vel quasi delicto verbindlich werden? Hiefür weiß ich nun freilich, leider! keine Stellen des römischen Rechts anzuführen, und wir müssen uns daher hier lediglich an die Analogie halten. Daß nun der gerichtlich erklärte Verschwender nicht in jeder Beziehung dem Wahnsinnigen gleich zu setzen ist, daß er somit auch nicht in jeder Beziehung als der Willensfreiheit beraubt — als unfrey — anzusehen seye, habe ich bereits gezeigt. Sollte nun aber der Verschwender in Beziehung auf die Verbindlichkeiten ex delicto vel quasi delicto als Wahnsinniger, somit als rein unzurechnungsfähig — in Hinsicht auf Strafe und Ersatzpflichtigkeit — anzusehen seyn (§. 53.)? so würde man wohl eben damit behaupten, daß durch die Prodigalitäts-Erklärung dem Verschwender ein Freybrief für alle Vergehen und Verbrechen ertheilt werde, und aus dem dem Verschwender wider seinen Willen aufgedrungenen Staats- und Rechts-Schutz würde eine allgemeine Rechts-Unsicherheit für jeden Andern

entstehen. Will man nun diese Ungereimtheit vermeiden, so bleibt nichts übrig, als ihn in der vorliegenden Beziehung den Unmündigen der Mündigkeit nähern (§§. 53. u. 54.) und den Minderjährigen (§. 82.) gleich zu setzen. Auch würde ich ihm in Hinsicht auf Privat-Geldstrafen die Begünstigung der Minderjährigen zu gut kommen lassen; zwar nicht deßwegen, weil ich ihm die Restitution der Minderjährigen zusprechen möchte (wenn dieß gleich so ziemlich die gemeine Meinung ist, welche aber durch die hiefür angeführten

Fr. 8. §. 2. Fr. 11. D. de rebus eorum, qui sub tut. (27, 9.) Fr. 15. §. 1. D. de curat. fur. (27, 10.) et Constit. 3. C. de in integr. restitut. (2, 22. vgl. §. 77.)

nicht bestätigt wird, und meiner Ansicht nach der reinen Theorie des römischen Rechts ganz entgegen ist) sondern lediglich — ex paritate rationis.

Siebente Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der Bürgen namentlich in Beziehung auf eine bloß natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners.

§. 90.

Auch für bloß natürliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners kann Bürgschaft geleistet werden.

Daß auch für bloß natürliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners Bürgschaft geleistet werden könne, behaupten

Ulpian, Fr. 6. §. 2. D. n. de fidej. (46, 1.)

„Adhiberi autem fidejus-„sor tam futurae, quam „praecedenti obligationi „potest: dummodo sit „aliqua, vel *naturalis* „futura obligatio."

Julian, Fr. 7. D. ej. tit.

„Quod enim solutum re-„peti non potest, conve-„niens est, *hujus natu-„ralis obligationis* fide-„jussorem accipi posse"

und

Fr. 16. §. 3. D. ej. tit.

„Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obli-„gatio civilis vel *naturalis*, cui applicatur."

Die merkwürdigste Stelle aber ist der

§. 1. J. de fidej. (3, 20.)

welcher aus Gajus

Comment. L. III. §. 118. et 119. p. 247. et 248.

aber fehlerhaft, nämlich der Nachsatz ohne den Vordersatz, entnommen ist, und welchen ich daher vorerst aus seiner Quelle ergänzen werde.

§. 91.

Erläuterung des §. 1. J. de fidej. (3, 20.)

Gajus

§. 118. „Sponsoris vero et fideipromissoris simi-„lis est conditio." §. 19. „Nam illi quidem nul-„lis obligationibus accedere possunt, nisi verbo-„rum: *quamvis interdum ipse, qui promiserit, non „fuerit obligatus, veluti si aut pupillus sine tu-„toris auctoritate, aut quilibet post mortem suam „promiserit.* At illud quaeritur, si servus aut pe-„regrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fi-„deipromissor obligetur." Nun folgt erst der Paragraph der Institutionen, welcher bey Gajus also beginnt: „Fidejussor vero omnibus obligationibus,

„id est sive re sive verbis, sive litteris, sive con„sensu contractae fuerint obligationes, adjici pot„est.“ welche Stelle in den Institutionen mit dem proëm. auf folgende Art in Verbindung gesetzt wurde: „In omnibus autem obligationibus adsumi pos„sunt (fidejussores) id est etc.“ bis „adjici potest,“ wie bey Gajus. Die folgende Stelle ist sodann wieder wörtlich aus Gajus entnommen. „At ne il„lud quidem interest, utrum civilis an *naturalis* „sit obligatio, cui adjiciatur fidejussor: adeo qui„dem, ut pro servo quoque obligetur, sive extra„neus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive „ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debea„tur“ (Gaj. statt der letztern beiden Worte bloß „debetur“). Diesen Paragraphen fand bereits Theophilus in seiner Paraphrase einer genaueren Beachtung und Bemerkung würdig. Den Anfang derselben habe ich schon oben (§. 37.) gegeben, und fahre daher hier nur fort, wo ich dort abgebrochen habe:

„Καὶ τοὺς δοθέντας ἐγγυη„τὰς φύσει καὶ νόμῳ κρατεῖ„σθαι· κανὼν γάρ ἐστιν ὁ λέ„γων, ὧν οἱ πρωτότυποι φύ„σει κρατοῦνται, τούτων οἱ „ἐγγυηταὶ καὶ φύσει καὶ νό„μῳ ἐνέχονται· τοιοῦτός „ἐστιν ὁ πούπιλλος sine tu„toris auctoritate δανει„σάμενος· αὐτὸς μὲν γὰρ „φύσει κρατεῖται· ὁ δὲ ἐγ„γυησάμενος αὐτὸν καὶ φύ„σει καὶ νόμῳ. Ἐπειδή σοι „ταῦτα

„Et quod fidejussores da„ti natura et lege tenean„tur. Est enim *regula* „dictitans: *quorum prin„cipales natura tenen„tur, horum fidejusso„res et natura et lege te„nentur. Hujusmodi „est pupillus sine tuto„ris auctoritate mutua„tus: ipse enim natura „tenetur; sed pro eo fi„dejubens et natura et „lege.*

„ταῦτα προτεθεώρηται, ὅρα „λοιπὸν τὸ προκείμενον· εἰ„ρήκαμεν, ὅτι οὐ μόνον ἐπὶ πο„λιτικαῖς ἐνοχαῖς, ἀλλὰ καὶ „ἐπὶ φυσικαῖς, ὀρθῶς ἐγγυ„ητὴς παραλαμβάνεται· φυ„σικὰς δὲ λέγω ἐνοχὰς, οἷον „ἐὰν ὁ οἰκέτης ἔνοχος γενό„μενος τῷ μὴ δεσπότῃ (φυ„σικῶς δηλονότι, οὐδὲ γὰρ „ἐνόμως ἐνδέχεται) δῷ ἐγ„γυητὴν εἴτε τῷ ἐξωτικῷ εἴ„τε τῷ οἰκείῳ δεσπότῃ, ὑπὲρ „ὧν ἐπώφλησεν αὐτῷ πραγ„μάτων· κρατεῖται οὖν ὁ ἐγ„γυητὴς καὶ φύσει καὶ νόμῳ, „διὰ τὸ τὸν πρωτότυπον, του„τέστι τὸν οἰκέτην, φύσει κα„τέχεσθαι.“

„lege. Postquam tibi „haec sunt praecognita, „vide reliquum argu„mentum. Diximus, non „solum in civilibus, sed „etiam *in naturalibus* „obligationibus fidejus„sorem recte accipi. Na„turales autem dico obli„gationes, veluti si servus „obligatus non domino „aut etiam ipsi domino „(naturaliter scilicet, nec „enim civiliter potest) „fidejussorem det, sive „extraneo sive domino „suo, pro rebus, quas ei „debebat, *tenetur ergo „fidejussor et natura et „lege, quoniam princi„palis, id est servus, natura obligatur.*“

§. 92.

Fortsetzung. Beweis, daß der Bürge auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit haftet.

Betrachten wir nun vorerst die aus ihrer Quelle ergänzte Institutionen-Stelle. Gajus belehrt uns, diejenige besondere Art von Bürgen, welche man sponsores — daher quia interrogati sunt: *idem dari spondes?* und diejenigen, welche man expromissores, daher quia interrogati sunt: *idem fideipromittis?*

Comment. L. III. §. 116. p. 246.

nannte, stehen einander ganz gleich. Denn beide können sich nur für solche Verbindlichkeiten, welche durch förmliche wörtliche Erklärungen — Frage und Antwort — entstehen — verborum obligationes — verbürgen.

Vergl. Comment. L. III. §. 92. p. 236. u. 237. tot tit. J. de V. O. (3, 15.)

Doch werden sie in Beziehung auf die verborum obligationes schon dann verbindlich, wenn gleich derjenige, für welchen sie verbindlich geworden, es selbst nicht geworden seye, z. B. wenn ein Unmündiger ohne Auctorität seines Tutors eine Verbindlichkeit eingegangen, oder Jemand erst nach seinem Tode etwas zu geben oder zu leisten versprochen habe, welch' letztere Stipulation nach dem früheren,

Gajus Comment. L. III. §. 100. p. 240. u. 241.

von Jüstinian

Const. 11. 13. u. 15. C. de contr. stipul. (8, 38.) vergl. auch §. 13. J. de inutil. stipul. (3, 19.)

aber aufgehobenen, Rechte ungültig war. Nur darüber seye man noch nicht einig gewesen, ob die sponsores und fideipromissores auch für Sklaven und Fremde (Nichtrömer) verbindlich werden können? Dagegen aber seye die Verbindlichkeit derjenigen besondern Art von Bürgen, welche man fidejussores, daher: qui interrogati sunt: „*Idem fide tua esse jubes?*“

Comment. L. III. §. 116. p. 246.

nannte, für alle Verbindlichkeiten des Haupt-Schuldners verbindlich geworden, und ihre Verbindlichkeit habe sich nicht bloß auf „verborum obligationes“ beschränkt, ja daß diese selbst für einen Sklaven und Fremden sich gültig verbürgen können, seye nie bezweifelt worden. Nachdem nun aber die verschiedenen

rechtlichen Wirkungen der verschiedenen Formeln, durch welche eine verborum obligatio eingegangen werden konnte,

Gajus, Comm. L. III. §. 92. u. 93. p. 236—238. §. 115. u. 116. p. 246.

durch die Leoninische Verordnung

Const. 10. C. de contr. stipul. (8, 38.)

„Omnes stipulationes, etiam si non sollemnibus, „vel directis, sed quibuscumque verbis consensu „contrahentium compositae sunt, vel legibus cogni„tae, suam habeant firmitatem“

vergl. auch §. 1. J. de V. O. (3, 15.) u. §. 8. J. de fidej. (3, 20.)

aufgehoben wurden, diesemnach also die verschiedenen Arten von Bürgen, nämlich sponsores, fideipromissores und fidejussores aufgehört hatten, und nur noch Letztere vorhanden waren, so wurde nun die Stelle des

Gajus Comm. L. III. §. 115. p. 246.

„Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obliga„ri: quorum alios sponsores, alios fideipromissores, „alios fidejussores appellamus“ in dem

proëm. J. de fidej. (3, 22.)

in folgenden Satz umgewandelt: „Pro eo, qui pro„mittit, solent alii obligari, qui fidejussores appel„lantur.“ Die

§§. 116—118. l. c. p. 246. u. 247.

aber wurden ganz weggelassen, und von dem

§. 119. p. 247. u. 248.

der erste von dem sponsore und fideipromissore handelnde Satz, wobey aber die Verfasser der Institutionen offenbar übersehen hatten, daß der letztere Satz einen Gegensatz in Beziehung auf die natürliche Verbindlichkeit enthält, welcher ohne den Vor-

dersatz offenbar unverständlich ist. Diese Lücke fühlte nun auch Theophilus, und gab sich Mühe, sie möglichst im Sinne der Quelle zu ergänzen. — Daraus nun, daß die Institutionen dasjenige, was der Nachsatz von der natürlichen Verbindlichkeit enthält, aufgenommen haben, ist aber mit aller Zuverlässigkeit zu schließen, daß sie den Vordersatz nur des sponsoris und fideipromissoris wegen nicht aufgenommen haben, und daß somit die Sätze des Gajus in Beziehung auf die natürliche Verbindlichkeit und das Haften des Bürgen für eine solche durch die Justinian'sche Gesetzgebung nicht abgeändert wurden. Offenbar hatte nun aber Gajus, wenn er behauptet, daß der Bürge eines Unmündigen für eine Verbindlichkeit desselben, welche er ohne Auctorität seines Tutors eingegangen, hafte, nur die objective natürliche Verbindlichkeit (§. 72.) im Auge, — und von dieser bloß objectiven Verbindlichkeit ist nun auch die Regel des Theophilus zu verstehen, nach welcher der Bürge für eine natürliche Verbindlichkeit nicht bloß natürlich, sondern auch bürgerlich verbindlich ist. Diese Regel nun, welche auf den ersten Anblick wirklich etwas Auffallendes hat, kann uns, wenn wir tiefer in die Sache eingehen, unmöglich befremden. Denn da die Bürgschaft nur unter einer, ein Klagerecht ertheilenden Modalität, seye es nun verborum oder litterarum obligatio, constitutum oder mandatum, eingegangen werden kann, so tritt bey dem Bürgen durch Hinzutritt des aus der Bürgschafts-Form hervorgehenden Klagerechts zu der ursprünglich bloß objectiven und erst bey ihm subjectivirten natürlichen — eine bür-

gerliche Verbindlichkeit ein; und ich glaube nunmehr den Satz: daß der Bürge auch für eine bloß objective, so wie für eine sub- und objective natürliche Verbindlichkeit, auch bürgerlich hafte — als einen erwiesenen — aufstellen zu dürfen.

§. 93.

In wie weit der Bürge eines Wahnsinnigen oder gerichtlich erklärten Verschwinders verbindlich werde?

Natürlich aber wird der Bürge, welcher sich für die von einem Wahnsinnigen oder von einem gerichtlich erklärten, diesem in der vorliegenden Beziehung gleichgeachteten (§. 88.) Verschwender eingegangene Verbindlichkeit verbürgt hat, nicht verbindlich, weil hier nicht einmal eine objective natürliche Verbindlichkeit (§. 72.) entsteht. Damit stimmen nun auch

Ulpian Fr. 6. D. de V. O. (45, 1.)

„Is *cui bonis interdic-* „*tum est,* stipulando „sibi adquirit: tradere „vero non potest, nec „promittendo obligari, „*et ideo nec fidejussor* „*pro eo intervenire* „*poterit, sicut nec pro* „*furioso.*“

Gajus Fr. 70. §. 4. D. de fidej. (46, 1.)

„Si a *furioso* stipulatus „fueris, non posse te „fidejussorem accipere, „certum est: quia non „solum ipsa stipulatio „nulla intercessisset, sed „ne negotium quidem „ullum gestum intelli- „gitur. *Quod si pro* „*furioso jure obligato* „*fidejussorem accepe-* „*ro, tenetur fidejussor*“

überein. Der furiosus jure obligatus ist aber der ex re oder in quantum locupletior factus est (§. 69.) — obligatus. Von dieser Regel macht natürlich

aber derjenige Bürge, qui sciens prudensque et consulto consilio, d. h. gerade deswegen, weil der Wahnsinnige oder Verschwender sich nicht verbindlich machen konnte, somit auch, wie Ulpian

Fr. 9. §. 3. D. de SCto Macedon. (14, 6.)

sich ausdrückt, donandi animo — sich verbürgt hat, eine Ausnahme. Wie nun aber mit der obigen Regel die Stelle Ulpians:

Fr. 25. D. de fidej. (46, 1.)

„Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tu„toris auctoritate obligato, prodigove vel furioso „fidejusserit: magis esse, ut ei non subveniatur, „quoniam his mandati actio non competit" zu vereinigen sey? bedarf noch einer nähern Untersuchung. (In Beziehung auf die Worte von „quoniam" bis zum Ende habe ich hier noch zu bemerken, daß die „Basiliken" sie durch den Satz:

L. XXVII. tit. 1. §. 25. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 99.)

„οὐκ ἔχει δὲ κατ' αὐτῶν τὴν „τῆς ἐγγύης ἐνοχὴν"	„non habet autem con„tra eos mandati actio„nem"

wieder geben, während die Worte unserer Stelle, und namentlich das „quoniam", wenn man es auf das „subveniatur", und zwar als Grund — Motiv — des „subveniatur" bezieht, einen weit besseren Sinn geben.) Aus dieser Stelle, in welcher Marcellus und sein Referent Ulpian die Unmündigen, Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwender in Eine Klasse setzen, könnte man nehmlich zweierley schließen, entweder — Marcellus behaupte, daß auch der Bürge eines Wahnsinnigen oder gerichtlich erklärten Verschwenders verbindlich werde, was wenigstens eine objective natürliche Verbindlichkeit von

Seite der Hauptschuldner voraussetzen würde, oder — und dieser letztere Schluß wird auch gewöhnlich daraus gezogen — daß der Bürge eines Unmündigen, welcher ohne Auctorität seines Tutors eine Verbindlichkeit eingegangen, gleich dem Bürgen eines Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwenders nicht verbindlich werde. Allein beide Folgerungen sind offenbar etwas zu rasch und trüglich. Denn man betrachte doch einmal diese Stelle genauer, so wird man finden, daß Marcellus nicht die Frage: ob die Bürgen der Unmündigen, Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwender verbindlich werden? sondern nur die: ob ihnen, wenn sie verbindlich geworden, deswegen, weil sie den Rückgriff gegen den Hauptschuldner nicht nehmen können (§. 101.), von der Verbindlichkeit loszuzählen seyen? beantwortete — und diese Frage, in Beziehung auf welche er die Unmündigen, Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwender wohl in Eine Klasse setzen konnte, verneinte.

§. 94.

Von dem Einfluß der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Minderjährigen auf die Verbindlichkeit ihrer Bürgen.

Welchen Einfluß aber die Restitution eines Minderjährigen auf die Verbindlichkeit seines Bürgen äußere? ist genauer zu untersuchen. Aus der Stelle des Paulus,

Rec. Sent. 1, 9, 6.

„Qui *sciens prudensque* se pro minore obligavit, „si id *consulto consilio* fecit, licet *minori* succur„ratur, *ipsi* tamen *non* succurretur“ — hat man die Folgerung gezogen, daß Paulus im Gegensatze behaupte: „Qui *nescius* et *imprudens* se pro „minore obligavit, si id *inconsulto* fecit, *minori*

„*et ipsi* succurretur." Daß aber dieser Gegensatz aus der Stelle des Paulus nicht folge, glaube ich aus einer Stelle Ulpians,

Fr. 13. pr. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

erweisen zu können: „In causae cognitione versa„bitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam „his, qui pro eo obligati sunt: utputa fidejusso„ribus. *Itaque cum scirem minorem, et ei fidem* „*non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est* „*aequum, fidejussori in necem meam subveniri;* „*sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.* „In summa perpendendum erit Praetori, cui po„tius subveniat, utrum *creditori* an *fidejussori,* „nam minor captus *neutri* tenebitur. Facilius in „*mandatore* dicendum erit, non debere ei subve„nire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, „ut cum minore contraheretur. Unde tractari „potest: *minor in integrum restitutionem utrum* „*adversus creditorem, an et adversus fidejus-* „*sorem implorare debeat? Et puto tutius, ad-* „*versus utrumque.*" Hier untersucht nehmlich Ulpian die Frage: Ob die Restitution eines Minderjährigen nicht nur ihm selbst, sondern auch seinem Bürgen zu gut komme? und stellt vorerst den Satz auf: daß wenn der Bürge sich gerade deswegen für einen Minderjährigen verbürgt habe, weil der Gläubiger sich mit diesem — als solchem — nicht habe einlassen wollen, von einer Restitution des Bürgen keine Rede seyn könne, ja hiefür nicht einmal Billigkeits-Gründe vorliegen. Dieß gerade behauptet nun auch Paulus. Nun geht aber Ulpian darauf über: daß überhaupt der Prätor bey Ertheilung der Restitution in reife Erwägung zu ziehen habe: wem diese zu ertheilen seye? ob dem Gläubiger oder

dem Bürgen? Bey dem mandator, d. h. demjenigen, welcher den Gläubiger zur Eingehung der Verbindlichkeit mit einer bestimmten Person veranlaßt hat (§. 103.), könne dieß wohl keinem Bedenken unterliegen, denn dieser seye zunächst als intellectueller Urheber des Rechtsgeschäfts anzusehen. Ueberhaupt aber komme hier die Frage zur Sprache: Ob der Minderjährige nicht bloß gegen den Gläubiger, sondern auch gegen den Bürgen die Restitution nachzusuchen habe? was er, Ulpian, jedenfalls für das sicherste halte. Betrachten wir nun namentlich das Ende dieser Stelle genauer, so finden wir, daß Ulpian die vorliegende Frage nicht sowohl an und für sich, sondern vielmehr in Beziehung auf die dem Bürgen zustehende Rückgriffs-Klage gegen den Minderjährigen, durch welche offenbar auch der ganze Zweck der Restitution vereitelt werden könnte, erwogen hat. Ulpian nehmlich bezweifelt: ob die in Beziehung auf die Haupt-Verbindlichkeit ertheilte Restitution des Minderjährigen auch auf die nicht aus jenem Rechtsgeschäft entspringende, und somit von diesem verschiedene Klage des Bürgen wirke, — und daher ertheilt er dem Minderjährigen den Rath, gegen den Gläubiger sowohl als gegen den Bürgen Restitution nachzusuchen. In diesem Rath aber liegt zugleich das ausdrückliche Anerkenntniß, daß die gegen die Haupt-Verbindlichkeit ertheilte Restitution dem Bürgen nicht zu gut komme; denn käme sie ihm zu gut, so wäre ja der Minderjährige schon durch die gegen die Haupt-Verbindlichkeit ertheilte geschützt. Von gleichen Grundsätzen geht nun auch ein früheres Rescript der Imperatoren Severus und

Antonin (Septimius Severus und Caracalla, war dieses wohl **Ulpian** bekannt oder nicht?) aus,

Const. 1. C. de fidej. min. (2, 24.)

„Postquam in integrum aetatis beneficio restitutus „es, periculum evictionis emtori, cui praedium „ex bonis paternis vendidisti, praestare non coge-„ris. *Sed ea res fidejussores, qui pro te inter-„venerunt, excusare non potest. Quare man-„dati judicio, si pecuniam solverint, aut con-„demnati fuerint, convenieris: modo si eo quo-„que nomine restitutionis auxilio non juvabe-„ris.*" Ganz bestimmt aber spricht ein Rescript der Imperatoren **Diocletian** und **Maximian**

Const. 2. C. ej. tit.

den Satz aus: daß die dem Minderjährigen ertheilte Restitution dem Bürgen nicht zu gut komme. „Si „ea, quae tibi vendidit, possessiones interposito „decreto praesidis *aetatis tantummodo auxilio „juvatur, non est dubium, fidejussorem ex per-„sona sua obnoxium esse contractui: verum si „dolo malo apparuerit contractum interpositum „esse: manifesti juris est, utrique personae „tam venditricis, quam fidejussoris consulen-„dum esse.*" Hier unterscheidet nehmlich das Rescript ganz bestimmt zwischen den beiden Fällen, wenn der Minderjährige bloß aetatis auxilio, d. h. lediglich auf den Grund seiner Subjectivität, und wenn er communi — civili — auxilio et mero jure (§. 81.), also aus objectiven Gründen geschützt ist, und läßt nur im letzteren Falle, wo nehmlich ob dolum emtoris, also wegen eines objectiven Grundes die Restitution gegen die Verbindlichkeit selbst, und nicht bloß gegen die Person des Verbindlichen ertheilt wurde, diese auch gegen den Bürgen wirken. Hieraus aber

ergibt sich nun zugleich auch ein weiterer Beleg des Satzes: daß nach der Restitution des Minderjährigen immer noch eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe (§. 85.).

§. 95.

Fortsetzung: Erläuterung des Fr. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3.)

So klar aber dieß Alles ist, so hat man doch zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht eine Stelle Papinians

Fr. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3.)

angeführt, und wir haben daher noch zu untersuchen, ob denn wirklich diese Stelle mit dem bisherigen Erfund unserer Untersuchung im Widerspruche stehe? Sie lautet, wie folgt: „Quod vulgo jactatur *fide-„jussorem, qui debitori heres extitit, ex causa „fidejussionis liberari*: totiens verum est, *quo-„tiens rei plenior promittendi obligatio inveni-„tur*. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fide-„jussor liberabitur: è contrario non potest dici „non tolli fidejussoris obligationem, si debitor „propriam et personalem habuit defensionem. „Nam si minori XXV. annis bonae fidei pecuniam „credidit, isque nummos acceptos perdidit, et in-„tra tempora in integrum restitutionis decessit he-„rede fidejussore: difficile est dicere causam juris „honorarii, quae potuit auxilio minori esse, reti-„nere fidejussoris obligationem, quae principalis „fuit, et cui fidejussor is accessit sine contempla-„tione juris Praetorii. Auxilium igitur restitutio-„nis fidejussori, qui adolescenti heres extitit, in-„tra constitutum tempus salvum erit.“ Daß diese Stelle, so wie sie vorliegt, etwas unverständlich seye,

gebe ich recht gerne zu, und man fühlt auch wohl, daß sie in der Lesart verdorben ist. Doch hier helfen uns die „Basiliken" aus der Noth, und auf den richtigen Weg:

L. XXVI. tit. 5. §. 95. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 163.)

„Τὸ λεγόμενον, ὅτι κληρο-
„νομῶν ὁ ἐγγυητὴς τὸν χρε-
„ώστην ἐλευθεροῦται τῆς
„ἐγγύης, τότε ἀληθές ἐστιν,
„ὅτε πλείων αὐτῆς εἶχεν ἡ
„πρωτότυπος, εἰ γὰρ ὁ ἐνα-
„γόμενος φύσει μόνον ἐνεί-
„χετο, οὐκ ἀπόλλυται· εἰ δὲ
„προσωπικὴν βοήθειαν εἶ-
„χεν ὁ χρεώστης, ἀπόλλυ-
„ται ἡ ἐγγύη· ἐάν γὰρ ὁ ἀ-
„φῆλιξ, δανεισάμενος ἀπο-
„λέσῃ τὰ νομίσματα, καὶ ὁ
„ἐγγυητὴς αὐτοῦ κληρονο-
„μήσῃ, ἔχει καὶ αὐτὸς εἴσω
„τοῦ ὡρισμένου χρόνου τὴν
„ἀποκατάστασιν."

„Quod vulgo dicitur, „*fidejussorem, qui debitori heres extitit, liberari obligatione fidejussoria*, tunc *verum* est, *cum plenior ea est obligatio principalis: nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, non tollitur fidejussoris obligatio, si vero debitor personale auxilium habuit, tollitur.* Nam „si minor mutuam pecuniam, quam accepit, „perdiderit, et fidejussor heres ei exstiterit, „ipse quoque intra constitutum tempus auxilium „restitutionis implorabit."

Vergleichen wir nehmlich diese Stelle mit der obigen, so finden wir, daß zwischen den Worten „reus" und „duntaxat" des zweiten Satzes das Wort „natura", — sodann zwischen den Worten „fidejussor" und „liberabitur" das Wort „non" aussen geblieben ist. Denn setzen wir diese beiden Worte an den angezeigten Orten bey, streichen wir sodann die Worte „retinere fidejussoris obligationem" im dritten Satze, da, wo sie stehen, weg, und setzen wir

sie hinter die Worte „juris praetorii;“ so gibt die Stelle der Digesten ganz denselben Sinn wie die Basiliken-Stelle. — Doch ich gehe nun zur Erklärung dieser Stelle selbst über. Im Eingange derselben bemerkt Papinian, der Satz: daß wenn der Bürge den Hauptschuldner beerbe, die Bürgschafts-Verbindlichkeit erlösche, weil der Bürge durch die Beerbung des Hauptschuldners ja selbst Hauptschuldner werde, sey nicht immer, sondern nur dann richtig, wenn auch der Hauptschuldner bürgerlich verbindlich gewesen sey (quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur; denn daß das Wort „rei“ zu „promittendi“, und das Wort „plenior“ zu „obligatio“ gehöre, werde ich wohl nicht erst bemerken dürfen; bemerkenswerth scheint mir aber, daß hier Papinian die bürgerliche Verbindlichkeit im Gegensatze gegen die natürliche — als eine obligationem pleniorem, d. h. als eine Verbindlichkeit mit voller — im Gegensatze gegen eine mit bloß beschränkter Wirkung bezeichnet). Unrichtig aber sey dieser Satz, wenn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners eine bloß natürliche gewesen seye. Betrachten wir nun diesen Satz erst an und für sich, und in rein arithmetischer Beziehung, so werden wir denselben sehr richtig finden. Daß nehmlich der Bürge auch da, wo eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners Statt findet, bürgerlich verbindlich werde, haben wir bereits oben (§§. 91. u. 92.) gesehen. Gesetzt nun: der Hauptschuldner war bloß natürlich verbindlich, oder es war eine bloß objective, und nicht zugleich auch subjective natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners vorhanden, so kann nur diese von

der klagbaren Verbindlichkeit abgezogen werden, und es bleibt somit immer die klagbare Verbindlichkeit des Bürgen zurück, d. h. die volle Wirkung bleibt immer, wenn wir auch die beschränkte Wirkung hievon abziehen. Wenn also der Bürge des Hauptschuldners nicht auch zugleich als dessen Erbe bürgerlich verbindlich wird, so bleibt er es als Bürge. — Den ersteren Fall, wo die Verbindlichkeit des Bürgen durch die Beerbung des Hauptschuldners erlischt, erläutert nun Papinian durch folgendes Beispiel: Wenn ein Minderjähriger von Jemand in gutem Glauben ein Darlehen erhalten, das dargeliehene Geld aber zwecklos durchgebracht habe, und dann noch innerhalb der Restitutions-Frist mit Hinterlassung seines Bürgen als Erben sterbe, so sey offenbar die Bürgschafts-Verbindlichkeit des Erben dadurch, daß er als Erbe nunmehr auch Hauptschuldner geworden, erloschen, und als Erbe des Minderjährigen könne er sich restituiren lassen (§. 85.). In diesem Beispiel wird nun aber offenbar ein Minderjähriger, welcher keinen Curator hatte, und nicht bloß ein solcher, welcher ohne Einwilligung seines Curators ein Darlehen erhielt, vorausgesetzt (§. 79.). Denn ein Minderjähriger, welcher einen Curator hatte, und bloß ohne dessen Einwilligung ein Darlehen aufnahm, konnte, da er die Rechte des Unmündigen hatte, nicht restituirt werden (§. 81.). Ein Minderjähriger aber, welcher keinen Curator hatte, wurde nicht nur natürlich, sondern bürgerlich verbindlich, und somit wurde nun auch die bürgerliche Verbindlichkeit des Erben als Bürgen durch die bürgerliche Verbindlichkeit des Erben — als Hauptschuldners aufgehoben, d. h. er konnte nicht mehr als Bürge, sondern bloß

noch als Hauptschuldner, oder vielmehr als Erbe des Hauptschuldners angesehen werden, und als solchem stand ihm nun auch die Restitution zu. Doch es sey mir erlaubt, nunmehr auch den letzteren Fall durch ein Beispiel zu erläutern. Gesetzt, der Minderjährige, welcher keinen Curator hatte, und ein Darlehen erhielt, welches er zwecklos verwendete, wurde noch zu seinen Lebzeiten restituirt. Durch die Restitution wurde nun die frühere bürgerliche Verbindlichkeit desselben zu einer bloß objectiven natürlichen (§. 85.) herabgedrückt, und als solche konnte sie nun auch die volle Verbindlichkeit des Erben als Bürgen nicht aufheben. Er bleibt somit bürgerlich als Bürge, und natürlich als Erbe verbindlich. Gesetzt nun auch, er wollte in seiner Eigenschaft als Erbe die Restitution nachsuchen, so würde ihn diese nichts nützen, da er ja immer noch als Bürge bürgerlich verbindlich ist. Die Stelle Papinians also weit entfernt — den Satz: daß dem Bürgen des Minderjährigen die dem Minderjährigen ertheilte Restitution nicht zu Statten komme, — zu bestreiten, oder ihm zu widersprechen, dient vielmehr gerade als Beleg desselben.

§. 96.

Weitere Belege für den Satz: daß der Bürge auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit bürgerlich verbindlich werde.

a) Scävola Fr. 60. D. de fidej. (46, 1.).

Nun erst wird uns auch die Stelle des Scävola
Fr. 60. D. de fidej. (46, 1.)
klar: „Ubicunque reus ita liberatur a creditore, „*ut natura debitum maneat teneri fidejussorem,* „*respondit, cum vero genere novationis transeat,*

„*fidejussorem aut jure, aut exceptione liberari;*“ denn im ersten Satz behauptet Scävola ganz allgemein, daß, wo der Haupt-Schuldner lediglich durch seine Subjectivität gegen die Verbindlichkeit geschützt seye, wo also immer noch, wie bey dem Unmündigen, der ohne Auctorität seines Tutors verbindlich geworden, oder bey dem Minderjährigen, der keinen Curator hat, und gegen die eingegangene Verbindlichkeit sich restituiren ließ — eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibt (§§. 72. u. 85.) — der Bürge verbindlich bleibe. Daß aber da, wo die Verbindlichkeit des Haupt-Schuldners selbst, nämlich — objectiv erlösche, wie dieß bey der Novation, qua tollitur — perimitur prior obligatio, quia transit in aliam — nach Ulpian

Fr. 1. pr. D. de novat. (46, 2.) §. 3. J. quib. mod. toll. oblig. (3, 29)

auch die Bürgschafts-Verbindlichkeit erlösche, womit dann auch das Diocletian'sche Rescript (§. 94.) übereinstimmte.

§. 97.

b) Paulus Fr. 68. D. de R. J. (50, 17.)

Hiemit stimmt nun auch Paulus

Fr. 68. D. de R. J. (50, 17.)

überein: „In omnibus causis id observatur, ut, *ubi* „*personae conditio locum facit beneficio, ibi de-* „*ficiente ea beneficium quoque deficiat: ubi vero* „*genus actionis id desiderat ibi, ad quemvis* „*persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio* „*auxilii,*“ welche Stelle die „Basiliken“ kürzer so geben:

L. II.

L. II. tit. 3. §. 68. p. 15. (Witte Basil. tit. de R. J. Wratisl. 1826.)

„Τὰ προσώποις ὑπάρχοντα „προνόμιμα, σβέννυται αὐ-„τοῖς τοῖς προσώποις, τὰ δὲ „προσόντα ταῖς ἀγωγαῖς, „πρὸς πάντας μετέρχεται.“

„Personis competentia „privilegia, cum ipsis „personis extinguuntur; „quae vere actionibus in-„sunt, ad omnes tran-„seunt.“ — Denn auch

Paulus behauptet, daß da, wo die bloße Subjectivität Jemand einen Rechts-Schutz ertheile, dieser lediglich auf diejenigen Subjecte, welchen er in Betracht ihrer Subjectivität ertheilt worden, zu beschränken, ein aus objectiven Gründen ertheilter aber Jedermann zu gut komme.

§. 98.

c) Gajus Fr. 7. D. de except. (44, 1.)

Hieran ist nun auch noch folgende Stelle des Gajus Fr. 7. D. de except. (44, 1.) anzureihen. „*Exceptiones, quae personae cujus-„que cohaerent, non transeunt ad alios*, veluti „(ea) quam socius habet exceptionem, quod facere „possit, vel parens patronusve, non competit fide-„jussori: sic mariti fidejussor post solutum matri-„monium datus, in solidum dotis nomine condem-„natur. §. 1. *Rei autem cohaerentes exceptiones „etiam fidejussoribus competunt:* ut rei judicatae, „doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum „est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omni-„modo competit exceptio fidejussori. Intercessio-„nis quoque exceptio: item quod libertatis one-„randae causa petitur, etiam fidejussori competit. „Idem dicitur et si pro filiofamilias quis fidejusse-„rit, aut pro minore XXV. annis *circumscripto*. „Quod si *deceptus sit in re, tunc nec ipse ante*

„habeat auxilium, quam restitutus fuerit, nec fide-„jussori danda est exceptio.“ Gehen wir nun zur Erklärung dieser Stelle über: zu dem Worte „exceptiones,“ möchte ich, wie die unten (§. 99.) vorkommende

Const. 11. C. de except. (8, 38.)

sich ausdrückt, noch die Worte „et defensiones“ beisetzen, indem man z. B. den Rechts-Schutz des Unmündigen, welcher ohne Auctorität seines Tutors eine Verbindlichkeit eingieng, so wie den des Minderjährigen, welcher keinen Curator hatte, und gegen eine von ihm eingegangene Verbindlichkeit restituirt wurde, nicht wohl „exceptio,“ wohl aber „defensio“ nennen kann. Doch auf die defensiones kömmt Gajus am Ende unserer Stelle. Hier behandelt er nun die persönlichen, d. h. lediglich auf den verbindlichen Haupt-Schuldner vermöge seiner Subjectivität anwendbaren Einreden, und unter diese zählt er die exceptio in id, quod facere possit, die sogenannte exceptio competentiae — Einrede des nothdürftigen Unterhalts, wovon

Ulpian Fr. 16—18.
Paulus Fr. 19. 21. 23. u. 25.
Modestin Fr. 20.
und
Pomponius Fr. 22. u. 24.
} D. de re jud. (42, 1.)

und behauptet, daß diese dem Bürgen nicht zustehe, worin Ulpian

Fr. 63. §. 1. D. pro soc. (17, 2.)

und Pomponius

Fr. 24. pr. sup. cit.

mit ihm übereinstimmen. Von den persönlichen Einreden geht er nun auf die objectiven Einreden, d. h.

auf die Einreden gegen die Sache, gegen die Verbindlichkeit selbst, nicht gegen die Person des Verbindlichen über, welche er exceptiones rei cohaerentes nennt. Unter diesen führt er nun auch die exceptio SCti Vellejani und SCti Macedoniani auf, letztere beide dürften nun aber in Beziehung auf die Frage: ob sie nicht vielmehr den persönlichen — subjectiven — Einreden, als den objectiven beizuzählen seyn möchten? etwas Bedenken erregen. Denn die exceptio SCti Vellejani kommt doch dem volljährigen Frauenzimmer in ihrer Eigenschaft — als Frauenzimmer, vergl. die Worte des SC. aufbewahrt von Ulpian

Fr. 2. §. 1. D. ad SCtum Vellej. (16, 1.)

und die des SCti Macedoniani dem Haussohn in seiner Eigenschaft als Haussohn, vergl. die Worte des SC. aufbewahrt von Ulpian

Fr. 1. pr. D. de SCto Maced. (14, 6.)

folglich aus einem lediglich subjectiven Grunde zu. Da sie aber nicht alle, sondern nur zunächst Eine Art von Verbindlichkeiten berühren (was freilich bey der „exceptio in id, quod facere potest," welche nur gegen gewisse Arten von Verbindlichkeiten gerichtet ist, auch der Fall ist, welche aber doch den persönlichen subjectiven Einreden beigezählt wird), so scheinen sie die römische Jurisprudenz und in Uebereinstimmung mit dieser auch die Justinianeische Gesetzgebung, vermöge ihrer objectiven Einseitigkeit als objective Einreden angesehen zu haben, und diese Ansicht ist nun jedenfalls die des positiven römischen Rechts. Der Schluß dieser Stelle von „aut pro minore" bis zum Ende, ist etwas schwieriger, und namentlich ist auf den ersten Augenblick auffallend, in wie weit sich dann der minor circumscriptus und der minor in re deceptus

von einander unterscheiden? Doch auch hier geben uns die Basiliken Licht:

L. LI. tit. 1. §. 8. (in Meerm. Thes. J. C. et C. Tom. V. p. 80.)

„ἢ τὸν ἀφήλικα περιγρα-„φόμενον· ἐι δε νομίμως „περιεγράφη, ὄυτε ἀυτὸς „χωρὶς ἀποκαταςάσεως βο-„ηθεῖται, ὄυτε ὁ ἐγγυητὴς „ἀυτοῦ παραγραφὴν ἔχει.	„vel pro minore *circum-„scripto:* sed si *jure „circumscriptus* fuerit, „neque ipse absque re-„stitutione adjuvatur, „neque fidejussor ejus „exceptionem habet —

und zeigen uns, daß, was in dieser Stelle *in re deceptus* heißt, eigentlich *jure deceptus* heißen sollte, und wahrscheinlich auch so geheißen hat, indem diese Lesart noch die Vulgata für sich hat. Denn so gibt jetzt die Stelle einen ganz guten Sinn, und es läßt sich wirklich ein bedeutender Unterschied zwischen dem minor circumscriptus im Allgemeinen, und dem jure circumscriptus oder deceptus aufstellen. Denn daß es auch ein jure circumscribere oder decipere, eine erlaubte — im Gegensatz gegen die unerlaubte Täuschung — Betrug — gebe, ersehen wir aus **Ulpian**

Fr. 16. §. 4. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Idem Pomponius ait, *in pretio emtionis et ven-„ditionis naturaliter licere contrahentibus se cir-„cumvenire*“ und **Paulus**

Fr. 22. §. 3. D. locat. cond. (19, 2.)

„Quemadmodum in emendo naturaliter concessum „est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris „sit, pluris vendere: et ita invicem se circumscri-„bere; ita in locationibus quoque et conductionibus „juris est.“ Das passendste Beispiel hiefür bietet die

Const. 2. C. de resc. vendit. (4, 44.)

Nach dieser kann nämlich der Volljährige (und nach der reinen Theorie des römischen Rechts wohl auch nur der Verkäufer) einen Kaufvertrag nur dann anfechten, wenn er nicht einmal die Hälfte des wahren Werths erhalten hat. Der Minderjährige aber kann sich schon dann restituiren lassen, wenn er überhaupt nicht den wahren Werth erhalten hat, in soferne nämlich das Minder nicht gar zu unbedeutend wäre (§. 81. 1.). Wenn also hier Gajus zwischen dem minor circumscriptus und dem minor jure deceptus unterscheidet, so wollte er durch den erstern bloß den minorem communi-civili-auxilio et mero jure munitum im Gegensatz gegen den jure deceptum, qui extraordinario restitutionis auxilio eget, (§. 81. 2.) somit also auch nur wieder den Unterschied der Sub- und Objectivität der Rechtsmittel bezeichnen, und stimmt somit lediglich auch mit den früheren Stellen überein. Den Grund aber, warum die objectiven Rechtsmittel auf den Bürgen übergehen, führt Javolen an:

Fr. 46. D. de fidej. (46, 1.)

„Cum lex venditionibus occurrere voluerit, fide-„jussor quoque liberatur: eo magis, quod per „ejusmodi actionem ad reum pervenitur.“ Dieser Grund paßt nun freylich zunächst nur auf diejenigen Fälle, in welchen dem Bürgen eine eigene Klage zusteht (§. 101.), welche aber wohl auch die gewöhnlichsten seyn werden, aber auch in diesem Grunde liegt der Beweis, daß die rein subjective Nichtverbindlichkeit des Hauptschuldners nicht auf den Bürgen übergehe, denn da diesen schon seine Subjectivität gegen den Bürgen schützte, so bedarf es nicht auch

noch eines weitern Schutzes — nämlich des Uebergangs des Rechtsmittels auf den Bürgen, was derjenige, welcher nur objectiv nicht verbindlich ist, offenbar nöthig hat, weil ihm sonst seine gegen die Klage des Gläubigers glücklich durchgeführte Einrede durch die Rückgriffs-Klage des Bürgen wieder entrissen, folglich, was ihm mit der einen Hand gegeben, mit der andern wieder entrissen würde. Nach dieser Stelle des Gajus sind nun auch die Stellen

Marcians Fr. 19. D. de except. (44, 1.)	Ulpians Fr. 32. D. de fid. ej. (46, 1.)
„Omnes exceptiones, „quae reo competunt, fi„dejussori quoque *etiam* „*invito reo* competunt."	„Ex persona rei *et qui*„*dem invito reo* excep„tio et caetera rei com„moda fidejussori caete„risque accessionibus „competunt."

(Statt „accessionibus" aber hat die vulgata die Lesart „accessoribus," womit auch die „Basiliken"

L. XXVI. tit. 1. §. 32. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 100.)

„καὶ πᾶσι τοῖς ὑπέρ τινος „παρεμβάλλουσιν"	„et omnibus, qui pro „aliis se obligant"

übereinstimmen, und welche Lesart auch offenbar einen bessern Sinn gibt) zu berichtigen. Ueberhaupt aber ist nach meiner Ansicht in der Marcian'schen Stelle nicht auf das Wort „omnes" und in der Ulpian'schen nicht auf die Worte „ex persona rei" sondern in beyden auf die Worte „invito reo" besonderes Gewicht zu legen, und insofern sprechen sie nur denjenigen Satz, welchen Julian in besonderer Beziehung auf Stipulationen ausspricht, und wofür er zugleich einen sehr vernünftigen Grund anführt:

Fr. 15. pr. D. de fidej. (46, 1.)

„Si stipulatus esses à me sine causa, et fidejusso-„rem dedissem, et nollem eum exceptione uti, sed „potius solvere, ut mecum mandati judicio age-„ret: fidejussori, *etiam invito me*, exceptio dari „debet: *interest enim ejus, pecuniam retinere po-„tius, quam solutam stipulatori à reo repetere*“ im Allgemeinen aus.

§. 99.

d) Die Impiratoren, Diocletian und Maximian
Const. 11. C. de except. (8, 36.)

Endlich liefert aber auch für unsern obigen Satz ein Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 11. C. de except. (8, 36.)

„Defensiones sive exceptiones ad intercessores ex-„tendi, *quibus reus principalis integro manente „statu munitus est*“ einen weiteren Beleg, denn unter dem „status integer“ ist hier der „status legitimus,“ wie ihn die

Const. 5. C. quando dies legati (6, 53.)

oder der „status suus“ wie ihn Papinian

Fr. 77. §. 14. D. de leg. 2. (31.)

nennt, — nämlich die Volljährigkeit des Hauptschuldners — zu verstehen.

§. 100.

Erklärung des Fr. 24. u. 127. D. de V. O. (45, 1.)

Noch habe ich aber hier folgender zwey merkwürdigen Stellen zu erwähnen:

Paulus Fr. 24. D. de V. O. (45, 1.)

«Sed si ex stipulatu Sti-«chum debeat pupillus, «*non videbitur per* «*eum mora fieri, ut* «*mortuo eo teneatur:* «*nisi (si) tutore aucto-*«*re, aut solus tutor* «*interpelletur.*»

Scävola Fr. 127. D. ej. tit.

«Si pupillus *sine tutoris* «*auctoritate* Stichum «promittat, et fidejus-«sorem dedit, *servus* «*autem post moram à* «*pupillo factam dece-*«*dat: nec fidejussor* «*erit propter pupilli* «*moram obligatus; nulla enim intelligitur mo-*«*ra ibi fieri, ubi nulla petitio est: esse autem* «*fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo ho-*«*mine conveniatur, vel ex ea mora sua postea.*»

Hier wirft nämlich Scävola, dessen Stelle die vollständigere ist, die Frage auf: Wenn ein Unmündiger ohne Auctorität seines Tutors einem Andern einen Sklaven zu übergeben versprochen habe, und sich im Verzug befinde, während des Verzugs aber der Sklave gestorben sey, ob der Bürge dennoch haffte? Daß nun, wenn der Sklave, noch ehe der Schuldner im Verzug war, gestorben ist, auch der Volljährige seiner Verbindlichkeit entledigt wäre, ersehen wir aus Paulus

Fr. 83. §. 7. D. de V. O. (45, 1.)

«quia etsi deberetur, morte promissor liberetur» und:

Fr. 49. §. 3.
Javolen Fr. 105.
Pomponius Fr. 23.
und
Ulpian Fr. 114. } D. ej. tit.

daß aber der Volljährige, und somit auch dessen Bürge dann haften würden, wenn der Sclave erst während des Verzugs gestorben ist, unterliegt nach

Paulus Fr. 49. pr.
Fr. 88.
und
Ulpian Fr. 82. §. 1.
} D. de V. O. (45, 1.)

keinem Zweifel. Hier spricht aber Scävola den Bürgen frey, weil, wo dem Gläubiger keine Klage zustehe (§. 62.), auch kein Verzug, nämlich im rechtlichen Sinne des Worts oder — mit rechtlicher Wirkung, denkbar seye, ein Satz, der aus der vorliegenden Stelle von den Compilatoren der Digesten in dem

Fr. 88. D. de R. J. (50, 17.)

unter die Rechts-Regeln aufgenommen wurde, und welchen Paulus

Fr. 40. D. de R. C. (12, 1.)

„*non* enim *in mora* est is, a quo pecunia *prop*-„*ter exceptionem* peti *non* potest," und Ulpian

Fr. 21. D. de usuris etc. (22, 1.)

„*Quid* enim, si etc. *exceptio* aliqua allegetur? „*Mora facta non videtur*" auch auf solche Klagen, welche durch Einreden entkräftet werden können, anwenden, wohl, weil eine durch eine Einrede zu entkräftende Klage gleich keiner Klage ist (§. 41.). — Allein wir müssen diese Ausnahme lediglich nur

1) auf einen zufälligen Untergang, und zwar
2) einer an und für sich bestimmten, nicht vertretbaren Sache beschränken, denn nur der zufällige Untergang einer nicht vertretbaren Sache hebt

die Verbindlichkeit wegen physischer Unmöglichkeit der Leistung auf nach

Julian Fr. 59.
Paulus Fr. 35.
Pomponius Fr. 23.
und
Ulpian Fr. 69.
} D. de V. O. (45, 1.)

und dieses findet ausnahmsweise auch bey vertretbaren Sachen, welche nach ausdrücklicher besonderer Bestimmung als an und für sich bestimmte anzusehen sind, statt, wovon Paulus

Fr. 37. D. ej. tit.

«Si *certos* nummos, *qui in arca sunt*, stipulatus «sim, *et hi sine culpa promissoris perierunt:* «*nihil nobis debetur.*» Hätte daher der Unmündige den Sklaven vor oder während des Verzugs getödtet oder freygelassen, so würde der Bürge immer noch haften. Aus Scävolas Stelle ist nun auch die Stelle des Paulus zu berichtigen. Man könnte nämlich leicht von dem Schlußsatze der letzteren, von „nisi" bis zum Ende, zu der Vermuthung veranlaßt werden, daß der Unmündige, auch wenn er ohne Auctorität seines Tutors das Versprechen geleistet, durch eine unter Auctorität des Tutors, oder wenigstens an den Tutor erlassene Mahnung (interpellatio) in Verzug gesetzt werden könne, allein dieß ist offenbar nicht der Sinn des Paulus, sondern dieser setzt hier nur voraus, daß das Versprechen unter Auctorität des Tutors geleistet worden, und verlangt nur, daß dann auch die Anmahnung in der gehörigen Form, nämlich entweder unter Auctorität des Tutors oder an den Tutor allein geschehe, denn eine Anmahnung an etwas, wozu ich keine Klage habe,

ist keine, und eine nicht in gehöriger Form erlassene Mahnung ist gleichfalls als keine anzusehen. Diese Ausnahme findet nun aber auch bey den Bürgen derjenigen Minderjährigen statt, welche einen Curator hatten, und ohne Einwilligung desselben sich verbindlich machten, denn auch bey diesen kann aus demselben Grunde, weil nämlich dem Gläubiger es an der Klage gebricht, kein Verzug mit rechtlicher Wirkung statt finden. Dagegen aber findet sie nicht statt bey dem Bürgen desjenigen Minderjährigen, welcher keinen Curator hatte — und somit bürgerlich verbindlich wurde (§. 79.), selbst wenn er gegen die eingegangene Verbindlichkeit restituirt wurde, weil die Restitution dem Bürgen nicht zu gut kommt (§§. 94. u. 95.), somit hier auch der Grund, warum kein Verzug denkbar ist, wegfällt.

§. 101.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner überhaupt, und insbesondere gegen einen Wahnsinnigen, gerichtlich erklärten Verschwender, Unmündigen und Minderjährigen.

Der Frage, in wie weit dem Bürgen eines Wahnsinnigen, gerichtlich erklärten Verschwenders, Unmündigen und Minderjährigen der Rückgriff gegen den Hauptschuldner zustehe? muß offenbar die Vorfrage: In wie weit dem Bürgen der Rückgriff überhaupt zustehe? vorausgehen. Nach Ulpian

Fr. 6. §. 2. D. Mandati (17, 1.)

„Si *passus sim,* aliquem pro me fidejubere, vel alias „intervenire, *mandati* teneor: et nisi pro *invito* „quis intercesserit, aut *donandi animo*, aut *ne-* „*gotium gerens*, erit *mandati actio*" steht nämlich dem Bürgen, welcher sich mit Vorwissen oder

Einwilligung des Hauptschuldners verbürgt hatte, die actio mandati, demjenigen aber, welcher sich ohne Vorwissen des Hauptschuldners verbürgt hatte, die actio negotiorum gestorum zu, in Betreff welch' letzterer mit Ulpian, welcher eben dieß im

Fr. 5. pr. D. de negot. gest. (3, 5.)

behauptet, noch Paulus

Fr. 20. §. 1. D. Mandati (17, 1.)

„Fidejussori *negotiorum gestorum* est actio, si pro „*absente* fidejusserit, nam mandati actio non pot„est competere, cum non antecesserit mandatum“ so wie die

Const. 12. C. de negot. gest. (2, 19.)

übereinstimmen. Nur in diesen beiden Fällen steht somit dem Bürgen eine eigene Klage zu. Wenn aber der Bürge sich gegen den Willen des Hauptschuldners verbürgt hat, so steht ihm nach Paulus

Fr. 40. D. Mandati (17, 1.)

„Si pro te *praesente et vetante* fidejusserim, *nec* „*mandati actio, nec negotiorum gestorum est:* „sed quidam utilem putant dari (oportere): *qui*„*bus non consentio, secundum quod et Pompo*„*nio videtur*“ — keine eigene Klage zu, sondern er kann sich bloß der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen bedienen. Gar keine Klage aber steht ihm zu, wenn er bloß in der Absicht die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu übernehmen und diesen hierdurch zu befreyen (donandi animo), nicht aber in der Absicht den Hauptschuldner sich verbindlich zu machen, sich verbürgte, nach Ulpian

l. s. c.

und

Const. 12. C. de negot. gest. s. c.

Nun läßt sich aber ein Mandats-Verhältniß und somit auch die actio mandati bey Wahnsinnigen, gerichtlich erklärten Verschwendern, in so weit sie ersteren gleich geachtet sind, und bey Unmündigen ohne Auctorität ihres Tutors, so wie bey Minderjährigen, welche einen Curator haben, ohne Einwilligung ihres Curators gar nicht denken (§§. 50. 79. 88.), und höchstens könnte eine condictio in id, in quantum locupletiores facti sunt (§. 69.) gegen sie statt finden. Desgleichen ist auch die negotiorum gestorum actio in der Richtung gegen sie auf die obligatio ex re, d. h. in quantum locupletiores facti sunt, beschränkt (§. 59.), und da auch die Klage des Gläubigers nur auf die obligatio ex re beschränkt ist (§. 69.), so kann auch derjenige Bürge, welchem keine eigene Klage zusteht, und welcher sich daher nur der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen bedienen kann, sie nur — in so weit sie durch das Rechts-Geschäft bereichert sind — belangen. Bey Minderjährigen aber, welche keinen Curator haben, und sich bloß der Restitution bedienen können, tritt ein anderes Verhältniß ein. Diese sind nämlich, wenn dem Bürgen eine eigene Klage zusteht, durch die in Beziehung auf das Hauptgeschäft ihnen ertheilte Restitution gegen die eigene Klage des Bürgen nicht geschützt, und sie bedürfen daher auch noch einer weitern Restitution gegen letztere, wie wir bereits oben (§. 94.) gesehen haben. Da aber, wo der Bürge sich nur der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen, somit der aus dem Rechts-Geschäft selbst, gegen welches der Minderjährige restituirt worden, — entspringenden Klage bedienen kann, schützt ihn die gegen den Hauptschuldner ertheilte Restitution auch gegen den Bürgen.

§. 102.

In wie weit dem Bürgen, welcher einer dem Hauptschuldner zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigte, der Rückgriff gegen ersteren zustehe?

Auf die Frage: In wie weit dem Bürgen, welcher einer dem Hauptschuldner zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigte, der Rückgriff gegen ersteren zustehe? erwiedert Ulpian

Fr. 29. pr. D. Mandati (17, 1.)

„Si fidejussor conventus, cum ignoraret non fuisse „debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa „fidejussionis, an mandati judicio persequi possit „id, quod solverit, quaeritur? Et si quidem *sciens* „praetermiserit exceptionem vel doli, vel non nu„meratae pecuniae, videtur *dolo* versari, dissoluta „enim negligentia prope dolum est. *Si vero ig„noravit, nihil, quod ei imputetur.*" Nach dieser Stelle kommt es also ganz darauf an, ob dem Bürgen die dem Hauptschuldner zustehende zerstörliche Einrede bekannt war oder nicht, denn nur im letzteren Falle steht ihm, wenn er jener unerachtet den Gläubiger befriedigte, der Rückgriff gegen den Hauptschuldner zu. Natürlich aber müssen wir hier einen solchen Bürgen voraussetzen, welchem eine eigene Klage (§. 101.), und zwar insbesondere nur einen solchen, welchem die actio mandati (§. 103. a. E.) zusteht. Denn kann sich der Bürge bloß der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen Klage bedienen, so schützt ja den Hauptschuldner dieselbe zerstörende Einrede, welche ihn gegen den Gläubiger geschützt hätte, auch gegen den Bürgen. Allein nun ist weiter zu untersuchen: ob denn jede Unwissenheit dem Bürgen zu Statten komme? Hierauf erwiedert Ulpian

l. s. c. §. 1.

„Non male tractabitur, si cum ignoraret fidejussor „inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat? *Et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest, si vero jus „aliud dici debet*" und beschränkt somit die entschuldbare Unwissenheit lediglich auf factische — thatsächliche — Unkenntniß eines Thatumstandes, und schließt die Unwissenheit des Rechts — Unkenntniß der Gesetze — aus. Allein auch die Kenntniß des Bürgen von dem den Hauptschuldner schützenden That-Umstande kann unter gewissen Umständen entschuldbar seyn nach Ulpian

Fr. 10. §. 12. D. Mandati (17, 1.)

„Quodsi eam (sc. exceptionem) qua reus uti po„tuit (sc. praetermisserit) si *sciens* id fecit, non „habiturum mandati actionem, *si modo habuit „facultatem rei conveniendi desiderandique, ut „ipse susciperet potius judicium vel suo vel pro„curatorio nomine*" — denn wenn der Bürge z. B. im Allgemeinen, weil es ihm etwa der Hauptschuldner jedoch nur erzählungsweise eröffnet hat, wohl weiß, daß dem Hauptschuldner eine Einrede zustehe, er kann sie aber, weil ihm die Beweismittel derselben unbekannt sind, nicht erweisen, so kann ihn nur dann ein Vorwurf treffen, wenn er nicht durch Adcitation des Hauptschuldners diesem Gelegenheit gegeben hat, die Klage des Gläubigers zu entkräften; so würde also jetzt auch nach Justinians

Nov. 4. cap. 1.

derjenige Bürge, welcher sich der exceptio ordinis s. excussionis — Einrede der Vorausklage — nicht bedient hat, offenbar seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner verlieren. Derjenige aber, welcher sich derselben bedient hat — aber, weil der Hauptschuldner

schwer zu belangen (difficilis conventionis) ist, damit abgewiesen wurde, hätte sich denselben offenbar gesichert, in so ferne er nur durch eine Adcitation des Hauptschuldners, wenn diese auch nur auf dem Wege einer Edictal-Ladung möglich wäre, diesem die Gelegenheit zur Vertheidigung verschafft hat. Ueber die näheren Modalitäten des Rückgriffs aber ist folgende Stelle des Celsus zu berücksichtigen:

Fr. 47. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam, „qui pro te fidejusserat, solvit: ego existimo, *si* „*nomine tuo solverit fidejussor, te fidejussori,* „*stipulatorem tibi obligatum fore,* nec expectan- „dum est, ut ratum habeas: *sin autem fidejussor* „*suo nomine solverit, quod non debebat, ipsum* „*a stipulatore repetere posse:* quoniam indebi- „tam jure gentium pecuniam solvit: *quo minus* „*autem consequi poterit ab eo, cui solvit, a te* „*mandati judicio consecuturum,* si modo per ig- „norantiam petentem exceptione doli non summo- „verit" — Den letzteren nur durch eine fehlerhafte Construction etwas undeutlich gewordenen Satz geben die „Basiliken"

L. XXIV. tit. 6. §. 47. (Ed. Fabr. Tom. III. p. 557.)

ganz deutlich auf folgende Art:

„Ἐὰν μέντοι κατ' ἄγνοιαν „οὐκ ἐχρήσατο τῇ παρα- „γραφῇ."	„si modo per ignoran- „tiam exceptione usus „non sit."

§. 103.

Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 47. D. de cond. indeb. (12, 6.)

Celsus unterscheidet also in der vorliegenden Stelle zwischen denjenigen Bürgen, welche „suo nomine“ für eigene Rechnung oder in eigenem Namen, und denjenigen, welche „debitoris nomine“ für Rechnung und im Namen des Haupt-Schuldners den Gläubiger befriedigt haben. Und diese Verschiedenheit der Bürgen haben wir vorerst zu erläutern. Offenbar versteht nämlich Celsus unter demjenigen Bürgen, qui suo nomine solvit, den sogenannten mandator, d. h. denjenigen, welcher den Gläubiger veranlaßt — ihm den Rath ertheilt hat, mit diesem bestimmten Haupt-Schuldner des Rechts-Geschäft einzugehen, wie uns Theophilus

Paraphr. Instit. L. III. §. 6. (Ed. Reitz. p. 700.)

eine andere Stelle des Celsus

Fr. 1. §. 2. D. Mandati (17, 2.)

und den

§. 6. J. de mandato (3, 26.)

(leider ist bey Gajus

Comment. L. II. §. 156. p. 265—267.

die Stelle gerade in Beziehung auf die Hauptsätze nicht ganz leserlich) folgendermaßen trefflich erläutert:

„Καὶ ἐπὶ τοσοῦτον ταῦτα
„οὕτως ἔχει, ὅτι γέγονε πα-
„ρὰ τοῖς παλαιοῖς ἀμφιβο-
„λία, εἰ ἄρα τῇ mandati
„κατέχομαι; ἐντειλάμενός
„σοι ἵνα τιτίῳ ἐπὶ τόκῳ
„δανείσῃς χρήματα, τινῶν
„συμβουλὴν τοῦτο λεγόν-

„Et in tantum haec ita
„se habent, ut apud ve-
„teres controversia fue-
„rit, an mandati tenerer;
„mandans tibi, ut Titio
„sub fenore pecuniam
„crederes; nonnullis
„*consilium* hoc esse di-

„των, καὶ μὴ τίκτειν ἐνο-
„χὴν κατὰ τὰ εἰρημένα.
„Ἐκράτησε δὲ μᾶλλον ἡ
„τοῦ Σαβίνου γνώμη λέγου-
„σα, ἔνοχόν με γίνεσθαι
„τῇ mandati. ἐπειδὴ γὰρ
„κέρτον ὑπεθέμην πρόσω-
„πον Τιτίου, διὰ τοῦτο καὶ
„ἐνέχομαι, τρόπον τινὰ μι-
„μουμενος ἐγγυητήν. Ἐι
„μὲν γὰρ ἔιπω ἀπροσδιο-
„ρίςως, δάνεισον τὰ χρήμα-
„τα, ἐνοχόποιὸν ὀυκ ἔςιν
„(ὡς ἔιρηται) τὸ μανδάτον·
„ἐι δὲ ῥητὸν ὑπόθωμαι πρό-
„σωπον κατὰ τὸ κρατῆσαν
„ἔθος ὑπεύθυνος ἔσομαι τῇ
„mandati.“

„centibus, neque actio-
„nem parere secundum
„jam dicta. Sed obtinuit
„Sabini sententia, dicens
„me obligari mandati:
„nam quia certam Titii
„personam proposui,
„ideo et obligor, *imitatus*
„*quodammodo fidejus-*
„*sorem. Si enim inde-*
„*finite dixero, crede*
„*tuam pecuniam, obli-*
„*gatorium haud est (uti*
„*dictum) mandatum:*
„*sin autem certam pro-*
„*posuero personam, se-*
„*cundum morem nunc*
„*obtinentem mandati*
„*actioni obnoxius ero.*“

Hieraus erklärt sich nun auch, daß die Bürgschafts-Verbindlichkeit des Mandators als eine Art selbstständiger Verbindlichkeit gegen den Gläubiger angesehen wurde, nach Julian

Fr. 13. D. de fidej. (46, 1.)

„Si mandatu meo Titio decem credideris, et mecum
„mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego
„tibi non aliter condemnari debebo, quam si actio-
„nes, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris.
„Item, si cum Titio egeris, ego non liberabor: sed
„in id duntaxat tibi obligatus ero, quod a Titio
„servare non potueris“ und Ulpian

Fr. 28. D. Mandati (17, 1.).

„Papinianus L. III. Questionum ait: mandatorem

„debitoris solventem, ipso jure reum non liberare:
„propter mandatum enim suum solvit et suo no-
„mine, ideoque mandati actiones putat adversus
„reum cedi debere.“ Und daß von der allgemeinen
Regel des früheren Rechts, von welcher der westgo-
thische Gajus

L. II. tit. 9. §. 2.

und Paulus

Rec. Sent. 2, 17, 16.

„Electo reo principali, fidejussor vel heres ejus li-
„beratur, non idem in mandatoribus observatur“
vergl. auch

Fr. 7. pr. D. de fidej. (46, 1.) [§. 113.]

nach welcher der Gläubiger, wenn er den Haupt-
Schuldner mit Uebergehung des Bürgen belangte,
Letzteren von seiner Verbindlichkeit befreite, was aber
von Justinian

Constit. 28. C. de fidej. (8, 41.)

aufgehoben wurde, die Mandatoren eine Ausnahme
machten. Zugleich ersehen wir aber auch hieraus,
daß unter denjenigen Bürgen, welche nomine debito-
ris bezahlen, alle übrigen mit Ausnahme des Manda-
toren zu begreifen sind. Zwischen den Mandatoren
und den übrigen Bürgen findet nun aber in Bezie-
hung auf den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner
folgender Unterschied nach Celsus statt. Der Man-
dator hat nämlich zuerst den Gläubiger mittelst der
condictio indebiti, welche eine obligatio juris gen-
tium oder condictio naturalis (§. 62.) ist, daher auch
Celsus das Bezahlte pecuniam jure gentium in-
debitam nennt, denn jure civili war es — nämlich
actione mandati — debita, zu belangen, und nur
dasjenige, was er von dem Gläubiger nicht wieder

erhalten kann, hat ihm der Haupt-Schuldner zu ersetzen. Wie aber nun, wenn der Mandator den Gläubiger, welcher einem Haussohn ein Darleihen gegeben, aus thatsächlicher Unwissenheit, nämlich, weil er nicht wußte, daß der Haupt-Schuldner ein Haussohn seye, und nicht aus Gesetzes-Unkunde, weil er nicht wußte, daß dem Haussohn die exceptio SCti Macedoniani zustehe, befriedigt hat? in welchem Fall die Bezahlung von dem Mandator nicht mehr zurückgefordert werden kann, nach Ulpian

Fr. 9. §. 1. D. de SCto Maced. (14, 6.)

In diesem Fall hat der Haupt-Schuldner dem Bürgen vollen Ersatz zu leisten. Alle übrigen Bürgen aber können unmittelbar ihren Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner nehmen, und diesem steht dann die condictio indebiti gegen den Gläubiger zu. Allein eine besondere Untersuchung verdient nun noch die Frage: Ob dieser Rückgriff nach der so eben bezeichneten Modalität allen Bürgen, welchen eine eigene Klage, also nicht nur denjenigen, welchen die actio mandati, sondern auch denjenigen, welchen die actio negotiorum gestorum zusteht, zukomme? Daß die Stellen des Römischen Rechts nur von ersteren handeln, ersehen wir aus denselben, und auf die letztere kann dieß nach der Natur der actio negotiorum gestorum wohl auch nicht anwendbar seyn, denn die actio negotiorum gestorum setzt immer negotia *utiliter* gesta voraus, nach

Gajus Fr. 2.
Scävola Fr. 9.
und
Ulpian Fr. 10. } D. de negot. gestis (3, 5.)

§. 1. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

und daß ein Bürge, welcher auch aus thatsächlicher

Unwissenheit der dem Haupt-Schuldner zustehenden zerstörlichen Einrede den Gläubiger befriedigte, hiedurch den Nutzen des Haupt-Schuldners befördert habe, läßt sich gewiß nicht behaupten. Allein die condictio indebiti gegen den Gläubiger, er mag nun mandator seyn oder nicht, läßt sich ihm gewiß nicht absprechen.

§. 104.

Anwendung des bisherigen Satzes auf Wahnsinnige, Unmündige, Minderjährige und gerichtlich erklärte Verschwender als Bürgen.

Wenden wir nun das bisherige auf Wahnsinnige und Kinder an, so ergibt sich, daß da bey diesen von einem contractus mandati, somit also auch von einer actio mandati keine Rede seyn kann, den Vormündern derselben nur die condictio indebiti, oder sine causa gegen den befriedigten Gläubiger zustehen kann. Dadurch könnten sie nun allerdings in eine schlimmere Lage, als die übrigen versetzt werden, denn wenn der Gläubiger keinen vollen Ersatz mehr leisten könnte, wäre auch ihnen der Rückgriff an den Haupt-Schuldner nothwendig, allein da dieser ein den Wahnsinnigen und Kindern als rein willenlosen — unfreien — unmögliches Rechts-Geschäft voraussetzt, so ist eben dieser Rückgriff auch rechtlich unmöglich. Dagegen aber können Unmündige und Minderjährige, welche einen Curator haben, und ohne Einwilligung desselben sich verbindlich machten, auch den Haupt-Schuldner mittelst der actione mandati belangen, da sie wenigstens Andere sich verbindlich machen können, und ein gleiches ist auch bey den gerichtlichen erklärten Verschwendern und den Minderjährigen, welche keinen Curator haben, der Fall, denn erstere sind hier offenbar den Unmündigen gleichzusetzen. Bey Minderjäh-

rigen aber ist der thatsächlichen Unwissenheit die Unkenntniß der Gesetze gleich zu achten nach Paulus

Fr. 9. D. de jur. et facti ignor. (22, 6.)

„Regula est, juris quidem ignorantiam cuique no-„cere, facti vero ignorantiam non nocere: ante „praemisso, *quod minoribus XXV. annis jus* „*ignorare permissum est.*“

§. 105.

Von dem Rückgriff des Bürgen, welcher einer ihm selbst zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigt hat?

Von dem Falle: In wie weit dem Bürgen, welcher einer ihm selbst zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigt hat, der Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner zustehe? handelt Ulpian

Fr. 10. §. 12. D. Mand. (17, 1.)

„Generaliter Julianus ait: si fidejussor *ex sua* „*persona* omiserit exceptionem, *qua reus uti non* „*potuit*, si quidem *minus honestam*, habere eum „mandati actionem.“ Aus den Worten: „minus „honestam“ zog nun aber schon ein Scholiast der „Basiliken“

Ed. Fabr. Tom. II. p. 177.

den Schluß, daß, wenn der Bürge sich einer bloß ihm zustehenden exceptio honesta nicht bedient habe, er den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner nicht mehr nehmen könne. Abgesehen aber nun einmal von der gewiß schwierigen Frage: Was eine exceptio honesta und minus honesta seye? glaube ich erweisen zu können, daß man hier viel zu rasch dem Julian einen Gegensatz, der gewiß nicht in seiner Absicht lag, angedichtet hat. Es belehrt uns nämlich Paulus

Fr. 31. D. ad SCt. Vellej. (16, 1.)
„Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit „repetere, sed mandati agere, et cavere velit de „indemnitate reo, audienda est,“ sodann Ulpian selbst, der Referent Julians, in obiger Stelle

Fr. 29. §. 6. D. Mandati (17, 1.)
„Fidejussor, si *solus* tempore liberatus, tamen „solverit creditori, recte mandati habebit actio-„nem adversus reum: quamquam enim jam libe-„ratus solvit, tamen fidem implevit, et debitorem „liberavit: si igitur paratus sit defendere reum „adversus creditorem, aequissimum est, mandati „judicio eum, quod solvit, recuperare, et ita Ju-„liano videtur.“ Also auch Julian — der Verfasser obiger Stelle, war dieser Meynung. Sollten dann nun aber die exceptio SCti Vellejani und die exceptio tempore liberationis exceptiones minus honestae seyn? Ich vermag dieß nicht zu fassen. Auch hat man schon früher diese beyden letztern Stellen mit diesem vermeintlichen Gegensatze nicht vereinigen können, und sich dann dadurch aus der Noth geholfen, daß man behauptete, zwischen demjenigen Bürgen, welcher sich einer exceptio minus honesta, und demjenigen, welcher sich einer exceptio honesta nicht bedient habe, finde bloß der Unterschied statt, daß ersterer unbedingt, letzterer aber nur bedingt, nämlich sub cautione de indemnitate den Haupt-Schuldner belangen könne. Allein auch dieser den Julian-Ulpian'schen Stellen offenbar widersprechende Nothbehelf stellt sich als unrichtig heraus. Offenbar setzt sich nämlich derjenige Bürge, welcher dem kürzeren Weg der zerstörlichen Einrede, der ihm Befreyung von seiner Verbindlichkeit zusi-

chert, den längeren und schwierigeren Weg des Rückgriffs gegen den Schuldner, welcher ihm bloß Ersatz bietet, vorzieht, dem Verdacht aus, daß er aus ganz besondern, und vielleicht eben nicht sehr lobenswürdigen Absichten sich seiner Einrede nicht bedient habe, und setzt daher auch den Haupt-Schuldner in die Nothwendigkeit, wegen möglicher gedoppelter Bezahlung auf seiner Huth zu seyn. Dieß ist aber bey der exceptio minus honesta, wie bey der exceptio honesta, wenn man je anders die Einreden so eintheilen könnte, der Fall, und somit taugt auch dieser Nothbehelf nichts. Allein ich glaube selbst, daß die Worte „minus honestam" in der Ulpian-Julian'schen Stelle nicht für überflüssig zu erachten sind, sondern einen ganz bestimmten Sinn haben, und einen solchen haben sie auch, wenn man sie nicht auf das Wort „exceptionem" sondern auf die Worte „mandati actionem" bezieht, und zwar einen sehr treffenden, denn dann bezeichnen sie eben dasjenige, was ich oben von der Verdächtigung des Bürgen erwähnt habe, und so konnten auch Julian und Ulpian im vorliegenden Falle die actionem mandati eine si quidem minus honestam d. h. wenn gleich verdächtigende Klage nennen.

§. 106.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner, welcher den schon vom Hauptschuldner befriedigten Gläubiger befriedigt hat.

In wieweit derjenige Bürge, welcher den schon vom Hauptschuldner befriedigten Gläubiger befriedigt hat, den Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen könne? davon Ulpian

Fr. 29. §. 2. D. Mandati (17, 1.)

„*Si cum debitor solverit, ignarus fidejussor*
„*solverit, puto eum mandati habere actionem:*
„ignoscendum est enim ei, si non divinavit, debi-
„torem solvisse: debitor enim debuit notum fa-
„cere fidejussori, jam se solvisse, ne forte creditor
„obrepat, et ignorantiam ejus circumveniat, et ex-
„cutiat ei summam, in quam fidejussit." Allein
auch hier kann der Rückgriff nur demjenigen Bür-
gen — welchem die actio mandati — zustehen, denn dem
negotiorum gestor steht auch hier die gestio inuti-
lis (§. 103.) entgegen.

§. 107.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Haupt-Schuldner, wenn letzterer den schon vom Bürgen befriedigten Gläubiger befriedigte.

Von dem Falle: In wieweit der Bürge den
Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner, wenn letzterer
den schon vom Bürgen befriedigten Gläubiger befrie-
digte, nehmen könne, handelt Ulpian

Fr. 29. §. 3. D. Mandati (17, 1.)

„Hoc idem tractari et in fidejussore potest: si cum
„solvisset non certioravit reum, sic deinde reus
„solvit, quod solvere eum non oportebat: et credo
„*si cum posset (eum) certiorare, non fecit,*
„*oportere mandati agentem fidejussorem repelli.*
„*Dolo enim proximum est, si post solutionem*
„*non nuntiaverit debitori: cedere autem reus*
„*indebiti actione fidejussori debet*, ne duplum
„creditor consequatur." Konnte daher der Bürge
den Haupt-Schuldner nicht in Kenntniß setzen, so
kann er den Rückgriff gegen diesen nehmen. Unter-

ließ er es aber, diesen in Kenntniß zu setzen, unerachtet es ihm möglich gewesen wäre, so muß er sich mit der Abtretung der condictio indebiti gegen den Gläubiger, wozu der Haupt-Schuldner jedenfalls verbunden ist, begnügen. Auffallend möchte es nun zwar auf den ersten Anblick erscheinen, warum der Bürge sich erst die condictio indebiti vom Haupt-Schuldner abtreten lassen, und warum ihm diese nicht selbst zustehen solle? Allein geht man tiefer in die Sache ein, so wird man auch dieß sehr richtig finden. Der Bürge nämlich, welcher zuerst den Gläubiger befriedigte, hat offenbar ein debitum, der Haupt-Schuldner aber, welcher den bereits befriedigten Gläubiger noch einmal befriedigte, ein indebitum bezahlt, daher kann auch nur der Haupt-Schuldner die condictio indebiti anstellen, und der Bürge nur dann, wenn sie ihm vom Haupt-Schuldner abgetreten worden ist. Des entgegengesetzten Falls erwähnt Papinian

Fr. 59. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Si fidejussor *jure liberatus* solverit *errore* pe-
„cuniam, repetenti non oberit: si vero *reus pro-*
„*mittendi per errorem et ipse postea* pecuniam
„solverit, non repetet: cum prior solutio, quae fuit
„irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civi-
„le, si reus promittendi tenebatur. Hatte nämlich der Bürge, welchem für sich und in Beziehung auf die Bürgschafts-Verbindlichkeit eine zerstörliche Einrede zustand, den Gläubiger aus Irrthum und nachher diesen auch der Haupt-Schuldner aus Irrthum befriedigt, so wurde durch die erstere widerrufliche Zahlung die Verbindlichkeit nicht aufgehoben (§. 41. u. 42.), und daher war auch die Befriedigung von Seiten

des Haupt-Schuldners kein indebitum. Nur dem Bürgen stand daher auch die condictio indebiti zu, und nahm er mit Uebergehung derselben den Rückgriff an den Haupt-Schuldner, so mußte er sie indemnitatis causa (§. 105.) dem Haupt-Schuldner abtreten. Hatte übrigens im obigen Falle der mandator bey Befriedigung des Gläubigers sich von diesem die Klage gegen den Haupt-Schuldner nicht abtreten lassen, so konnte, da durch die Bezahlung des mandatoris die Ansprüche des Gläubigers an den Haupt-Schuldner nicht erlöschen (§. 103.), der Haupt-Schuldner die condictio indebiti, weil er der Zahlung des mandatoris, der suo nomine den Gläubiger befriedigt hatte, unerachtet kein indebitum bezahlte, nicht abtreten; auch trägt der Bürge, der hiedurch zu Schaden kommt, lediglich die Folgen seiner eigenen Fahrläßigkeit.

§. 108.

Von dem Rückgriffe des Bürgen gegen den Haupt-Schuldner, welchem der Gläubiger die Bürgschafts-Verbindlichkeit schenkungsweise erlassen hat.

In wiefern derjenige Bürge, welchem der Gläubiger die Bürgschafts-Verbindlichkeit schenkungsweise erlassen hat, den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner nehmen könne? davon Ulpian

Fr. 10. §. 13. D. Mandati (17, 1.)

„Si fidejussori *donationis causa* acceptum factum „sit à creditore, puto, si fidejussorem *remunerare* „voluit, *habere* eum mandati actionem“

Fr. 12. pr. D. ej. tit.

„Si vero *non remunerandi* causa, sed *principaliter donando* fidejussori remisit actionem, man-

„dati eum *non* acturum" welcher somit zwischen einer reinen und vergeltenden Schenkung unterscheidet, und nur bey letzterer noch den Rückgriff zuläßt, weil, wenn er nicht zugelassen würde, von einer Vergeltung ja keine Rede seyn könnte. Dagegen aber steht dem Bürgen, welchem der Gläubiger die Bürgschafts-Verbindlichkeit mittelst Schenkung von Todeswegen oder eines Vermächtnisses erlassen hat, der Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner unbedingt zu nach Ulpian, welcher in dem oben abgedruckten

Fr. 10. §. 13.

also fortfährt: „*Multo magis*, si *mortis causa* „accepto tulisset creditor, vel si eam liberationem „*legavit.*"

§. 109.

Von dem Rückgriffe des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wenn ein Dritter in der Absicht ihm zu schenken, den Gläubiger befriedigt hat.

Wenn ein Dritter in der Absicht den Bürgen zu beschenken, den Gläubiger für ihn befriedigt hat, so steht dem Bürgen der Rückgriff gegen den Hauptschuldner zu nach Ulpian

Fr. 12. §. 1. D. Mandati (17, 1.)

„Marcellus autem fatetur, si quis *donaturus fide*„*jussori*, pro eo solverit creditori *habere fide*„*jussorem* mandati actionem."

§. 110.

Von dem Rückgriffe des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wenn er den von ihm befriedigten Gläubiger nachher beerbt hat.

Desgleichen hat auch derjenige Bürge, welcher den von ihm befriedigten Gläubiger nachher beerbt

hat, den Rückgriff gegen den Hauptschuldner nach Pomponius

Fr. 11. D. Mandati (17, 1.)

„Si ei, cui damnatus ex causa fidejussoria fueram, „*heres* postea extitero, *habebo* mandati actionem."

§. 111.

Von dem Rückgriffe desjenigen Bürgen gegen den Hauptschuldner, welcher durch ein ungerechtes Urtheil in der Hauptsache verurtheilt wurde.

Von dem Rückgriff desjenigen Bürgen, welcher durch ein ungerechtes Urtheil in der Hauptsache verurtheilt wurde, handelt Ulpian

Fr. 8. §. 8. D. Mandati (17, 1.)

„Hoc ex rescripto Divorum Fratrum intelligere li„cet. Hujus verba haec sunt: Catullo Juliano: „*Si hi, qui pro te fidejusserant, in majorem „quantitatem damnati, quam debiti ratio exige„bat, scientes et prudentes auxilium appellatio„nis omiserunt, poteris mandati agentibus his, „aequitate judicis tueri te. Igitur si ignorave„runt, excusata ignorantia est: si scierunt, in„cumbebat eis necessitas provocandi: caeterum „dolo versati sunt, si non provocaverunt*" und hieraus ist nun wohl auch die Stelle des Paulus

Fr. 67. D. de fidej. (46, 1.)

zu erklären: „Exceptione quae tibi prodesse debe„bat, usus, injuria judicis damnatus es: nihil tibi „praestabitur jure mandati, quia injuriam, quae „tibi facta est, penes te manere, quam ad alium „transferre, aequius est (sc. si culpa tua injustae „damnationis causam praebuisti)" denn daß der letztere in Klammern eingeschlossene Satz, welchen

man eben deßwegen für ein späteres Einschiebsel halten könnte, ein solches nicht ist, ersehen wir aus den „Basiliken"

L. XXVI. tit. 1: §. 67. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 109.)

welche diese Stelle also geben:

„Ἐὰν ὁ ἐγγυητὴς τὴν ὠφε-
„λῆσαι δυναμένην αὐτὸν πα-
„ραγραφὴν ἀντιθεὶς, ἀδί-
„κως καταδικασθῇ, ὀυκ
„ἔχει κατὰ τοῦ ἐγγυηθέν-
„τος τὴν ἐπὶ τῇ ἐγγύῃ ἀγω-
„γὴν, ἐὰν ὀικείᾳ ῥαθυμίᾳ
„τὴν πρόφασιν ἔδωκεν τῆς
„ἀδίκȣ καταδίκης."

«Si fidejussor exceptio-
«ne, quae ei prodesse po-
«terat, opposita injuria
«judicis condemnatus
«sit, adversus eum, pro
«quo fidejussit, mandati
«actionem non habet,
«si culpa sua injustae
«condemnationis cau-
«sam praebuerit.»

und damit stimmt dann auch ein Rescript Diocletians

Const. 10. C. Mandati (4, 35.)

überein. «Fidejussorem vero seu mandatorem ex«ceptione munitum et injuria judicis damnatum, «*et appellatione contra bonam fidem minime* «*usum, non posse mandati agere* manifestum «est» wobey ich denn überhaupt noch zu bemerken habe, daß in allen denjenigen Fällen, wo entweder eine Nichtschuld oder eine wirkliche Schuld dem Gläubiger auf den Grund eines rechtskräftigen Urtheils bezahlt wurde, eine Rückforderung nicht statt findet nach Ulpian

Fr. 29. §. 5. D. Mandati (17, 1.)

«In omnibus autem visionibus, quae propositae «sint, ubi creditor *vel non numeratam pecuniam* «(accipit) *vel numeratam iterum accipit,* repeti«tio contra eum competit, *nisi ex condemnatione*

„*fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter*
„*auctoritatem rei judicatae, repetitio quidem*
„*cessat,* ipse autem stellionatus crimine propter
„suam calliditatem plectetur."

§. 112.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen denjenigen Hauptschuldner, welchem die Rechtswohlthat des nothdürftigen Unterhalts (beneficium competentiae) zusteht.

Ueber den Rückgriff des Bürgen gegen denjenigen Hauptschuldner, welchem die Einrede des nothdürftigen Unterhalts in id quod facere potest — beneficium competentiae zusteht, weiß ich keine Stelle des römischen Rechts anzuführen, und wir sind daher hier lediglich auf die Analogie verwiesen. Aus dem:

Fr. 16 — 23. D. de re judic. (42, 1.)

ersehen wir nun aber, daß diese Einrede oder Rechts-Wohlthat niemals unbedingt, d. h. unter allen, sondern daß sie nur unter gewissen Verhältnissen, und nur unter bestimmten Beziehungen dem Berechtigten zusteht. Kann nun der Bürge nur mittelst der ihm vom Gläubiger abgetretenen Klage seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen, und steht diesem die erwähnte Rechts-Wohlthat in Beziehung auf den Gläubiger zu, so muß auch der Bürge diese Einrede gegen sich gelten lassen, weil der Gläubiger nicht mehr und kein weiteres Recht, als er selbst hatte — auf ihn übertragen konnte. Steht aber den Bürgen die actio mandati gegen den Hauptschuldner zu, so kann Letzterer in der Richtung gegen den Bürgen diese Rechts-Wohlthat nicht geltend machen, da sie ihm in Beziehung auf das Mandats-Verhältniß nicht zusteht. Steht aber dem Bürgen die actio negotiorum gestorum zu, so kann der Haupt-

schuldner jene Einrede gegen ihn geltend machen, denn in so weit der Bürge über das id, quod facere potuit, bezahlt hat, hat er die negotia des Hauptschuldners inutiliter gerirt (§. 103.).

§. 113.

Erläuterung des Fr. 71. pr. D. de fidej. (46, 1.)

Zum Schluß dieses Abschnittes glaube ich noch die schwierige Stelle des Paulus

Fr. 71. pr. D. de fidej. (46, 1.)

erläutern zu müssen: „Granius Antoninus pro Jú„lio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam ac„cipientibus, ita *ut duo rei ejusdem debiti fue„runt*, apud Aurelium Palmam mandator extitit; „Julii bona ad fiscum venerunt; similiter et cre„ditori fiscus successerat: mandator allegabat, se „liberatum jure confusionis, quia fiscus tam credi„tori quam debitori successerat. Et quidem, si „unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fide„jussorem ita et mandatorem litteratum esse, quam„vis enim judicio convento principali debitore, „mandator non liberetur, tamen, ubi successit cre„ditor debitori, veluti solutionis jure sublata ob„ligatione, etiam mandator liberatur, vel quia non „potest pro eodem apud eundem quis mandator „esse. Sed cum duo rei promittendi sint, et al„teri heres extitit creditor, justa dubitatio est, „utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta „fuisset pecunia: an persona tantum exemta, con„fusa obligatione? Et puto, aditione hereditatis, „confusione obligationis eximi personam: sed et „accessiones ex ejus persona liberari propter illam „rationem, quia non possunt pro eodem apud eun„dem

„dem obligati esse; at quemadmodum incipere „alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur al- „terum reum ejusdem pecuniae non liberari; et „per hoc nec fidejussorem vel mandatorem ejus: „plane quia is mandati judicio eligere potest vel „creditorem, competituram ei exceptionem doli „mali, si coeperit conveniri: cum altero autem „reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in „partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere.“ Vor allen Dingen haben wir nun das Geschichtliche dieses Falls — das Factum — genauer zu erwägen. Bey einem gewissen Aurelius Palma hatten Julius Pollio und Julius Rufus ein Darleihen aufgenommen, und hiefür eine Gesammtverbindlichkeit (obligationem correalem) eingegangen, so daß jeder für die ganze Schuld haftet „ita ut duo rei ejusdem debiti fuerint“ worüber auch

Javolen, Fr. 2.
und } D. de duobus reis (45, 2.)
Pomponius, Fr. 4.

und das

proëm. J. ej. tit, (3, 16.)

zu vergleichen ist. Für beide hatte sich ein gewisser Granius Antoninus dem Aurelius Palma als mandator verbürgt. Das Vermögen Eines der gesammtverbindlichen Schuldner fiel an die Staats-Kasse, und auch des Aurelius Palma Vermögen fiel dieser zu. Somit war also die Staats-Kasse Nachfolgerinn des Gläubigers und Eines der beiden Schuldner geworden. Nun entstanden die beiden Fragen:

a) ob dessen unerachtet noch der andere Schuldner, und
b) ob namentlich auch noch der mandator Antonin hafte.

Der Entscheidung dieses Falles sendet nun Paulus Entscheidungsgründe voran. Vorerst bemerkt er nehmlich, daß wenn ursprünglich nur Ein Gläubiger vorhanden gewesen wäre, des mandatoris wie jedes andern Bürgen Verbindlichkeit erloschen wäre, was ihm gar nicht zweifelhaft erscheine; denn wenn gleich der mandator dadurch, daß der Gläubiger den Hauptschuldner belangt, ausnahmsweise nicht wie andere Bürgen (nehmlich nach dem damaligen, von Justinian aber, welcher alle Bürgen den Mandatoren gleichstellte, aufgehobenen Rechte, §. 103.) befreit werde, so seye doch die Confusion, d. h. die Vereinigung des Gläubigers und Schuldners in Einer Person, wie die Zahlung, schon aus dem Grunde als Erlöschungsgrund anzusehen, weil da, wo Gläubiger und Schuldner in Einer Person vereinigt seyen, eine Bürgschafts-Verbindlichkeit sich nicht denken lasse. Wo aber, wie im vorliegenden Falle, zwey gesammt-verbindliche Schuldner vorhanden seyen, sey die Frage: ob die Confusion wie die Zahlung wirke, und ob somit auch der andere Schuldner durch die Confusion befreit seye? etwas schwieriger und zweifelhafter. Er für seine Person habe aber die Ansicht, daß die Confusion hier nicht wie Zahlung wirke, sondern daß ihre Wirkung sich lediglich auf denjenigen Schuldner, in Beziehung auf welchen eine Confusion vorgegangen, beschränke, und daß somit auch nur der Bürge desselben von der Bürgschafts-Verbindlichkeit befreit werde, daß also der andere Gläubiger der vorgegangenen Confusion unerachtet noch hafte, somit aber auch sein Bürge. (Hier erlaube ich mir nur eine Lücke in den Entscheidungs-Gründen zu ergänzen. Durchaus nichts Schwieriges

hat nun der Fall auch in Beziehung auf den Bürgen, wenn zwey verschiedene Bürgen für die verschiedenen Gläubiger vorhanden sind; denn dann wird der Bürge desjenigen Schuldners, in Beziehung auf welchen eine Confusion vorgegangen, befreit, der Bürge des andern aber bleibt verbindlich. Schwieriger ist aber allerdings die Sache, wenn wir uns denken, daß für beide sich nur Einer verbürgt hat, wie im vorliegenden Falle. Denn wenn hier der Bürge belangt wird, so kann er seinen Rückgriff gegen den einen oder den andern Schuldner nach Willkür, somit also auch gegen die Staats-Kasse im vorliegenden Falle nehmen, und somit würde durch die actio mandati des Bürgen gegen die Staats-Kasse, derselben gerade dasjenige wieder entwunden, was sie durch die actio mandati gegen den mandator von demselben erhielt. Und um diese gegenseitigen Ansprüche, welche am Ende doch nur das Erlöschen der Verbindlichkeit als Ergebniß herbeiführen, auszugleichen, gestattet Paulus dem mandator die exceptio doli mali gegen die Klage der Staats-Kasse. Ganz anders aber gestaltet sich die Sache, wenn die Schuldner nicht duo rei ejusdem debiti, sondern socii sind, denn dann erlischt nur die Schuld des Einen, so wie die Verbindlichkeit des Bürgen nur in Beziehung auf diese Eine Schuld durch die Confusion; in Beziehung auf die andere Schuld aber bleibt, wie der Hauptschuldner, so auch der Bürge verbindlich. Denn hier kann er, wenn er die andere Schuld bezahlt hat, unmöglich seinen Rückgriff gegen den Gläubiger, welcher zugleich auch den andern Schuldner in sich vereinigt, nehmen, indem er nur die Schuld eines andern Schuldners, welche durch Con-

fusion nicht erloschen war, bezahlte. Dieß drückt nun auch Paulus durch den Satz: „cum altero „autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, „vel in partem, si socii fuerunt, creditorem posse „agere", wobey er freilich des Bürgen nicht mehr erwähnte, aus; denn der erstere Theil des Satzes enthält offenbar einen Gegensatz zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen, der letztere Theil aber stellt beide gleich. Aber auch bey einer Correal-Verbindlichkeit der Schuldner steht die exceptio doli ihrem gemeinschaftlichen Bürgen nur dann zu, wenn er seinen Rückgriff mittelst der actio mandati nehmen kann; denn wenn ihm bloß die actio negotiorum gestorum zusteht, so kann er offenbar nicht seinen Rückgriff an den Gläubiger, der durch Confusion zugleich Schuldner wurde, nehmen; denn die negotia des Letztern konnte er offenbar nicht geriren, da ja gar keine mehr vorhanden waren. Eben so wenig, wenn der Bürge bloß mittelst der ihm abgetretenen Klage seinen Rückgriff nehmen kann; denn dann wird sich wohl der Gläubiger sehr in Acht nehmen, ihm die Klage gegen sich selbst abzutreten, und wird ihm nur die Klage gegen den andern Schuldner abzutreten für gut finden. — So glaube ich dann auch diese etwas schwierige Stelle befriedigend erklärt zu haben.

Achte Abtheilung.

Von Verpfändungen, namentlich in Beziehung auf natürliche Verbindlichkeiten.

§. 114.

Auch für natürliche Verbindlichkeiten kann Verpfändung Statt finden.

Daß auch für natürliche Verbindlichkeiten Pfand-Bestellungen Statt finden können, ersehen wir aus Marcian,

Fr. 6. D. de pign. (20, 1.)

„Res *hypothecae* dari posse sciendum est pro qua-„cunque obligatione etc. vel pro civili, vel hono-„raria, vel tantum *naturali*."

Ulpian,

Fr. 14. §. 1. D. ej. tit.

„Ex quibus casibus *naturalis obligatio* consistit, „*pignus* perseverare constitit."

und Paulus,

Fr. 101. §. 1. D. de solut. (46, 3.)

„Cum creditor pignus distraheret licere ei pretium „in acceptum referre, *etiam in eam quantitatem*, „*quae natura tantum debeatur*, et ideo deducto „eo debitum peti posse."

§. 115.

Untersuchung der Frage: ob natürliche Verbindlichkeiten durch Pfand-Bestellung klagbar werden?

Allein eine andere Frage ist diese: ob natürliche Verbindlichkeiten durch Pfand-Bestellung klagbar

werden? Vor allen Dingen aber ist hier vorerst der wahre Sinn der Frage festzusetzen. Denn unterlegt man derselben den Sinn: ob durch die Pfand-Bestellung die natürliche Verbindlichkeit selbst — an und für sich — direct — klagbar werde? so ist diese Frage offenbar zu verneinen. Anders aber, nehmlich so gestellt, ob sie nicht wenigstens — nehmlich durch die aus der Pfand-Bestellung hervorgehende Pfandschafts-Klage, also nur mittelbar — indirect — klagbar werde, ist sie mit Unterscheidung zu beantworten. Das Römische Recht kennt nehmlich zweierley Arten von Pfändern, Unterpfänder und Faustpfänder (hypothecas et pignora). Erstere unterscheiden sich aber von den letzteren wesentlich dadurch, daß Unterpfänder im Besitze des Pfandschuldners verbleiben, Faustpfänder aber in den Besitz des Pfandgläubigers übergehen.

Fr. 9. §. 2. D. de pign. act. (13, 7.) Fr. 158. §. 2. D. de V. S. (50, 16.) §. 7. J. de act. (4, 6.)

Hatte nun der Gläubiger ein Faustpfand, so konnte er ja dasselbe nach den bestehenden Rechts-Normen veräussern. In Hinsicht auf das ältere Recht und die beiden Arten des Faustpfandes, nehmlich des formlosen, bloß mittelst Uebergabe bestellten, pignus, und der förmlichen, mittelst mancipatio oder in jure cessio übergebenen, fiducia, ist zu vergleichen: Gajus,

Comment. L. II. §. 60. p. 108.

Paulus,

Recept. Sentent. 2, 5, 1.
2, 13, 5.
2, 17, 12.

Isidorus,

Orig. L. 5. cap. 25.

„Fiducia est, cum res aliqua sumendae pecuniae

„mutuae gratia vel *mancipatur*, vel *in jure* ce-
„ditur.“

Ulpian,

Fr. 4. D. de pign. act. (13, 7.)

Javolen,

Fr. 73. D. de furtis (47, 2.)

und in Hinsicht auf die Veräusserung nach Justinia-
neischem Recht,

Const. 3. §. 1. C. de jure dom. impetr. (7, 24.)

in Vergleichung mit

§. 1. J. quibus alienare (2, 8.)

Der Gläubiger bedurfte somit, da er ja, wie uns
auch oben (§. 114.) Paulus belehrt, von dem Erlös
seine Befriedigung erhalten konnte, keiner Klage.
Anders aber, wenn er nur Unterpfands-Recht erhal-
ten hatte, denn dann mußte er die actio pignerati-
tia (quasi Serviana) auf Herausgabe des Unterpfan-
des, oder Abtrag der Verbindlichkeit anstellen.

§. 7. J. de act. (4, 6.)
Const. 2. C. si unus ex plur. (8, 32.)

Daß nun der Pfand-Gläubiger auch bey einer na-
türlichen Verbindlichkeit, für welche ihm ein Unter-
pfand bestellt war, die actionem pigneratitiam an-
stellen konnte, daran vermag ich um so weniger zu
zweifeln, als bey einer Verpfändung, nach den An-
sichten der Römischen Rechtsgelehrten, eigentlich eine
gedoppelte Verbindlichkeit, nehmlich außer der Haupt-
Verbindlichkeit noch eine besondere Verbindlichkeit in
Beziehung auf die verpfändete Sache (obligatio rei),
entstand (vergl. §. 32.). Jene letztere war nun aber
offenbar klagbar, und somit wurde es auch, jedoch
nur indirect, die Haupt-Verbindlichkeit. Doch die
Gründe der Gegner habe ich nun auch einer genaue-
ren Prüfung zu unterwerfen. Für die entgegenge-
setzte Meinung führt man nehmlich an:

a) eine Stelle des Scävola,

Fr. 19. D. qui pot. in pignore (20, 4.)

„Mulier in dotem dedit marito praedium pignori „obligatum, et testamento maritum et liberos ex „eo natos, item ex alio heredes instituit; creditor „cum posset heredes convenire idoneos, ad fun- „dum venit. Quaero: án si ei justus possessor „offerat, compellendus sit *jus nominis* cedere? „Respondit, posse videri non injustum postulare.“ Man will nehmlich aus dieser Stelle den Schluß ziehen, daß, da der Gläubiger dem Besitzer des Unterpfandes seine Klage abtreten müsse (was freilich von Justinian

Nov. 4. Cap. 2.

— wonach die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer nur, nachdem der Hauptschuldner und dessen Bürgen ausgeklagt sind, Statt findet — abgeändert wurde), er aber keine Klage habe, so könne er ihn ja auch nicht belangen. — Abgesehen nun aber auch davon, daß diese Stelle nur für den Fall, wenn der Schuldner und der Pfand-Besitzer nicht in Einer Person vereinigt sind, etwas beweisen könnte, so hat man ihr offenbar auch einen Sinn unterschoben, welchen sie wirklich nicht hat. Denn nicht, daß der Gläubiger seine Klage (actio), sondern nur, daß er das jus nominis abzutreten habe, behauptet Scävola; das jus nominis aber kann naturale oder civile seyn, und somit bietet diese Stelle Scävola's keinen Beweis für die entgegengesetzte Meinung dar. Die Gegner beziehen sich aber

b) auf eine Stelle Ulpians,

Fr. 9. pr. D. de SCto Maced. (14, 6.)

„Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, „dicendum erit, SCti exceptionem ei denegandam

„usque ad pignoris quantitatem.“ Allein, was diese Stelle beweisen solle, sehe ich nicht ein; denn aus dem Darlehen, welches einem Haussohne gegeben wurde, entsteht doch wahrlich keine natürliche Verbindlichkeit, sondern diese wird erst dann begründet, wenn der Haussohn der Einrede des SCti Macedoniani unerachtet, das Darlehen zurückbezahlt hat (§. 48.); und die vorliegende Stelle hat somit auch lediglich keinen andern als den Sinn, daß wenn der Haussohn als Hausvater für ein solches Darlehen nachher ein Unterpfand bestellt, er eben hiedurch, in so weit das Pfand zu Befriedigung des Darleihers hinreiche, auf die Einrede des SCti Macedoniani Verzicht geleistet habe. Man beruft sich aber, und zwar noch in besonderer Beziehung auf die Behauptung, — daß dem Pfand-Gläubiger bloß ein Zurückbehaltungs-Recht des Faustpfandes, und keineswegs bey Unterpfändern eine Klage zustehe, —

c) auf den ersten Saz der

Const. 22. C. de usuris (14, 32.)

welche wir aber ganz betrachten wollen. „Pignori-„ribus quidem intervenientibus, usurae quae sine „stipulatione peti non poterant, pacto retineri „possunt. Verum hoc jure constituto, cum hu-„jusmodi nullo interposito pacto tantummodo „certae summae praestari poenam convenisse pro-„ponas: nec peti, nec retineri *quidquam am-„plius* potest, et ad pignoris solutionem urgeri te „disciplina juris perspicis.“ Daß diese Stelle nun ein Rescript im Sinn des Theophilus

Paraphr. Instit. L. I. tit. 2. §. 6. (Ed. Reitz Tom. I. p. 28.)

„Καὶ τί ἐπιστολή? ἀντι- „γραφὴ βασιλέως πρὸς ἄρ- „χοντος ἀναφορὰν περί τι- „νος ἀμφιβόλου πράγματος „γενομένη.“	«Et quid est epistola? «Rescriptum principis «ad relationem praesi- «dis aut magistratus su- «per quadam re ambi- «gua emissum” — ſeye,

ergibt ſich wohl ſchon auf den erſten Anblick. Den Inhalt deſſelben wollen wir nun näher beleuchten. Das Reſcript ſagt: Auch wegen ſolcher Zinſen, welche nicht mittelſt einer förmlichen verborum obligatio, ſondern durch einen bloßen formloſen Vertrag (pactum nudum) bedungen worden, welcher zwar an und für ſich, und wenn er nicht einem contractus bonae fidei auf der Stelle angehängt worden, keine Klage begründe, — vergl. Paulus

Recept. Sentent. 2, 14, 1.

und Ulpian

Fr. 7. D. de pactis (2, 14.)

finde doch Zurückbehaltungs-Recht des Fauſtpfands ſtatt. In dem vorliegenden Falle aber werde behauptet, daß gar keine Zinſen, ſondern lediglich eine beſtimmte Entſchädigung (certae summae poena — denn daß das Wort poena auch im Sinne einer Entſchädigung vorkomme, erſehen wir aus dem

§. 7. J. de V. O. (3, 15.)

«Non solum res in stipulationem deduci possunt, sed «etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel «non fieri: sed in hujusmodi stipulationibus «optimum erit, *poenam* subjicere, ne quantitas «stipulationis in incerto sit” — vergl. mit Venulejus)

Fr. 11. D. de stip. praetor. (46, 5.)

versprochen worden seye, und so könne nun auch nichts weiter als jene Entschädigung gefordert, und wenn die Lösung des Pfandes von dem Schuldner nicht erfolge, von dem Erlös desselben zurückbehalten werden. Auch dieses Rescript kann somit für die entgegengesetzte Meynung nichts beweisen, da es lediglich von dem Falle einer Faustpfands-Bestellung, in welchem, wie schon oben bemerkt worden, der Gläubiger keiner Klage bedarf, handelt. Meiner Ansicht nach dürfte daher auch der Satz: daß, wo für natürliche Verbindlichkeiten Unterpfänder bestellt worden, diese mittelst der actio pigneratitia geltend gemacht werden können, als ein erwiesener anzunehmen seyn.

§. 116.

Angabe des Grundes: warum sich die Pfandschafts-Klage erst nach der persönlichen betreffenden Klage verjähre?

Eben aus dieser gedoppelten Verbindlichkeit, welche durch den Pfand-Vertrag entsteht, und welche ich eine subjective, lediglich in Beziehung auf das verbindliche Subject, und eine sub-objective in Beziehung auf das Sub- und Object des Pfand-Vertrags nennen möchte, läßt sich dann auch erklären, warum die Verjährung der persönlichen Verbindlichkeit in dem Falle, wo sich die Pfandschafts-Klage erst nachher verjährt, dem Gläubiger nicht schade, was zwar nur analog aus der Stelle des Paulus

Fr. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2.)

indem das „litem tempore amisit" auf das expirare litem oder mortem litis è lege Julia, wovon Gajus

Comment. L. IV. §. 104. p. 355.

zu beziehen ist, mit vieler Wahrscheinlichkeit aber aus dem Rescript Gordians

Const. 2. C. de luit. pign. (8, 31.)

„Intelligere debes vincula pignoris *durare* etiam „actione personali *summota*," welcher freylich die erlöschende Verjährung in dem allgemeinen Umfange, den sie erst nachher erhielt, noch nicht, und nur eine sehr beschränkte Verjährung kannte, und mit voller Gewißheit aus der

Constit. 7. verglichen mit Constit. 3. u. 4. } C. de praescr. XXX vel XL annorum (7, 39.)

zu entnehmen ist.

§. 117.

Von dem Rechts-Bestand des Pfandrechts, in Beziehung auf eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit.

In Beziehung auf die Frage: ob bey einer bloß objectiven natürlichen Verbindlichkeit (§. 72. u. 85.) das Pfandrecht von Wirkung sey? ist zuerst zu unterscheiden: ob ein subjectiv Nichtverbindlicher, z. B. der Unmündige oder Minderjährige selbst — oder für ihn ein dritter subjectiv Verbindlicher das Pfand bestellt hat. Denn im ersteren Fall haftet das Pfand wegen der subjectiven Ungültigkeit des Pfand-Vertrags nicht, im letztern aber haftet dasselbe auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit, denn daß auch der Bürge für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit haffte, habe ich oben (§§. 92. u. 94—99.) gezeigt, und derjenige, welcher sein Eigenthum für einen Andern verbürgt hat, ist doch wohl nur als Bürge desselben im weitern Sinne des

Worts (Intercedent) zu betrachten, wie wir auch aus Pomponius

Fr. 32. §. 1. D. ad SCt. Vellej. (16, 1.)

ersehen.

Neunte Abtheilung.

Von dem Einflusse der erlöschenden Verjährung auf Verbindlichkeiten.

---

§. 118.

Begriff der Verjährung.

Unter der erlöschenden Verjährung verstehen wir das Erlöschen des Rechts? oder der Klage? durch den Ablauf einer bestimmten Frist. Das aber eben, ob das Recht oder die Klage bloß erlösche? ist streitig. Leider fällt die erlöschende Verjährung erst in einen der der Blüthe Römischen Jurisprudenz nachgehenden Zeitraum, und was jene eigentlich mit dem Wort „praescriptio" bezeichnen wollte, ist selbst aus den unvollständigen Umrissen des Gajus

Comment. L. IV. §§. 130 — 133. p. 368 — 371.

nicht klar geworden. Allein meiner Ansicht nach erlischt durch die Verjährung bloß die Klage, nicht das Recht selbst, denn auch die

Const. 3. u. 4. C. de praescr. XXX. vel XL. annorum (7, 39.)

sprechen immer von einem „extingui actionum" „non amplius vivere actionem." Dieses Erlöschen der Klage, diese praescriptio von Seiten des actoris

bildete aber nun von Seiten des rei — des Schuldners, denn dieß geht wohl aus Gajus

l. c. §. 133 p. 371.

hervor, eine zerstörliche Einrede, welche nun die der Verjährung ungeachtet erhobene Klage entkräftet.

§. 119.

In wie weit nach der erlöschenden Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe?

Hienach ist dann auch die Frage: In wie weit nach der erlöschenden Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe? zu ermessen. Nach der Verjährung bleibt nämlich nur eine solche Verbindlichkeit zurück, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann. Daß dieß aber keine natürliche Verbindlichkeit seye, sondern erst dann es werde, wenn der Schuldner, der ihm bekannten zerstörlichen Einrede ungeachtet, den Abtrag der Verbindlichkeit freiwillig geleistet habe, ist bereits oben (§. 48.) erwiesen worden.

Schluß.

Erklärung des Fr. 38. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

§. 120.

Die Stelle selbst.

Zum Schluß, endlich glaube ich noch, die bekannt schwierige Stelle Africans

Fr. 38. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

erläutern zu dürfen. Sie lautet wie folgt: „Frater a „fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam „mutuatus *post mortem patris* ei solvit: quaesi„tum est, an *repetere* possit? Respondit, „*utique* „*pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset*

„*repetiturum: pro ea vero, qua frater heres*
„*extiterit, ita repetiturum, si non minus ex pe-*
„*culio suo ad fratrem pervenisset:* naturalem
„enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso subla-
„tam videri, quod peculii partem frater sit conse-
„cutus: adeo ut, *si praelegatum filio eidemque*
„*debitori (id) fuisset, deductio hujus debiti a*
„*fratre ex eo fieret:* idque maxime consequens
„esse ei sententiae, quam Julianus probaret, si
„extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem
„patris exactum esset, tantum judicio eum familiae
„erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse,
„quantum ab his creditor actione de peculio con-
„sequi potuisset. Igitur (et) si re integra familiae
„erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum
„esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a coherede
„praestetur: porro eum, quem adversus extraneum
„defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri
„debuisset indemnem esse praestandum."

§. 121.

Erläuterung derselben.

Diese Stelle handelt von folgendem Falle. — Ein Vater A. hatte zwey Söhne B. und C., jedem derselben hatte er einen Theil seines Vermögens zur Verwaltung überlassen (peculium — jetzt profectitium genannt). Der Sohn C. entlehnte nun von dem Peculium des Sohnes B. zu seinem Peculium eine Summe, und bezahlte sie erst nach dem Tode seines Vaters zurück? Nun entsteht die Frage: Kann er die Bezahlung überhaupt, und in wie weit kann er sie zurückfordern? African erwiedert, die seinem Erbtheil an der Verlassenschaft des Vaters verhältnißmäßige Summe jedenfalls, aber auch den übrigen

Theil, insoweit nicht durch jene Schuld sein des Sohnes C. eigenes Peculium vermindert wurde. Doch dieß will ich durch ein Beispiel nunmehr erläutern:

Der Vater hinterließ

a) ein in seiner unmittelbaren Verwaltung stehendes Vermögen von . . . . 2000 fl.

b) ein Peculium seines Sohnes B., welches aber in der Peculien-Schuld seines Bruders C. besteht . . . . 300 —

und

c) ein Peculium seines Sohnes C. von 400 fl. worauf aber noch die Peculien-Schuld an seinen Bruder B. von 300 fl. haftet, welche daher, da sie obe berechnet wurden, hier abzuziehen sind, und nur noch der Rest einkommt mit 100 —

2,400 fl.

Es trifft somit jeden der beiden Söhne . 1,200 —

Gesetzt nun, der Sohn C. hat die Peculien-Schuld erst nach dem Tode seines Vaters zurückbezahlt, und zwar sie von seinem Peculium, wie oben geschehen, abgezogen, so würden, wenn man keine Rückforderung gestattete, sich die Empfänge der beiden Söhne folgendermaßen herausstellen:

Der des Sohns B.		Der des Sohnes C.	
a) Antheil an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters	1000 fl.	a) Antheil an der Verlassenschaft seines Vaters	1000 fl.
b) Antheil an dem Peculium seines Bruders	50 —		
c) die Peculien-Schuld	300 —	b) an seinem eigenen Peculium	50 —
	1,350 —		1,050 —

also

also 150 fl. weniger als B.

Nun fordert er aber die Hälfte seiner Peculien-Schuld von 300 fl. mit 150 fl. zurück, und damit ist er gegen seinen Bruder gleichgestellt; denn

$$1350 - 150 = 1050 + 150.$$

Mehr aber kann er hier nicht zurückfordern, weil er die Schuld von 300 fl. von seinem Peculium von 400 fl. abgezogen hat. Setzen wir aber den Fall, er hat jene 300 fl. nicht von seinem Peculium abgezogen, so würden sich folgende Empfänge der beiden Brüder bilden:

Der Bruder B. erhielte		Der Bruder C.	
a) an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters . . .	1000 fl.	a) an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters . . .	1000 fl.
b) an dem Peculium seines Bruders C. von 400 fl.	200 —	b) an seinem eigenen Peculium die Hälfte mit	200 —
c) Die Peculien-Schuld seines Bruders mit .	300 —		1,200 fl.
	1,500 fl.		

Dagegen aber hat er bezahlt . . . . 300 —
und verbleiben ihm somit nur noch . . . 900 —
somit 600 fl. weniger als seinem Bruder; fordert er aber nunmehr die ganze Peculien-Schuld, welche hier doppelt aufgerechnet ist, und somit die Verlassenschaft ideell vergrößert, d. h. die ganz bezahlten 300 f. zurück, so steht er, da

$$1500 - 300 = 900 + 300$$

seinem Bruder gleich, und somit sind die Worte: pro ea vero — pervenisset erläutert. Nun aber spricht African noch von einer naturalis obligatio

quae fuisset, et sublata est, was sich gar leicht erklären läßt; denn der Sohn B. konnte zu Lebzeiten seines Vaters die Schuld von seinem Bruder C. nicht zurückfordern, weil es dem Vater ganz einerley seyn konnte, ob jene 300 fl. sich in dem Peculium seines Sohnes B. oder C. befinden, und wenn ersterer durch Verminderung des letztern sich vergrößert hätte, der Stand seines Vermögens unverändert derselbe geblieben wäre; daher und aus demselben Grunde konnte auch der Sohn C., wenn er die Peculien-Schuld zu Lebzeiten seines Vaters zurückbezahlt hatte, nichts zurückfordern. Nach dem Tode des Vaters aber änderte sich die Sache. Er erbte nämlich auch an dem Peculium seines Bruders B., und somit entstand in Betreff seines Erbtheils jedenfalls eine Confusion. Hatte er daher nach dem Tode seines Vaters bezahlt, so erbte er jedenfalls, wenn er nämlich die Schuld an seinem Peculium abgezogen hatte, die Hälfte, und wenn er sie nicht abgezogen, sondern von seinem Vermögen bezahlt hatte, konnte er, da durch eine Nichtschuld von ihm die Verlassenschaft des Vaters ideell vergrößert worden, das Ganze zurückfordern. Gesetzt nun (ein Fall, dessen A f r i c a n nur im Verfolg erwähnt, und welcher die Converse des früheren, nach welchem der Sohn C. die Peculien-Schuld nur insoweit bezahlen dürfte, als das Peculium zureichte, und er es mit seinem Bruder B. theilen mußte, enthält, indem hier eine Forderung des C. an jene Schuld unterstellt wird, welche nun gleichfalls auf den Betrag des Peculiums beschränkt ist) der Vater A. hat seinem Sohn C. die Peculien-Schuld prälegirt, wie ist dann zu verfahren? Setzen wir wie oben den Fall, das Peculium betrage 400 fl., so ist die Theilung sehr einfach, denn es erhält

Der Sohn B.	der Sohn C. Vorvermächtniß . 300 fl.
1) die Hälfte an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters 1000 fl.	sodann
2) die Hälfte an dem Peculium seines Bruders von 400 fl. nach Abzug der Pecullienschuld als Vorvermächtniß 100 fl. — 50 —	a) wie sein Bruder B. . . . 1000 —
	b) wie sein Bruder B. . . . 50 —
1050 —	1350 —

somit 300 fl. mehr.

Allein, gesetzt das Peculium betrüge nur 100 fl., so kann er auch nur jene 100 fl. als Vorvermächtniß in Anspruch nehmen, da die übrigen 200 fl. ja nicht vorhanden sind.

Setzen wir daher den Fall:

	a) die unmittelbare Verlassenschaft des Vaters beträgt . . 2000 fl.
Das Peculium des Sohnes B. bestehend in einer Schuld von 300 fl. von seinem Bruder C. 400 fl.	b) das Peculium des Sohnes C., worauf aber 300 fl. Schulden haften, 100 —
	2100 —

so heben sich die 300 fl. Forderung des B. und Schuld des C. offenbar gegeneinander auf,

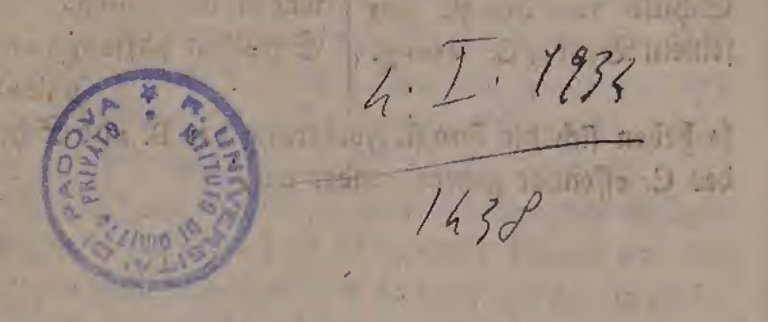
B. erhält:
die Hälfte an der Verlassenschaft seines Vaters, 1000 fl.

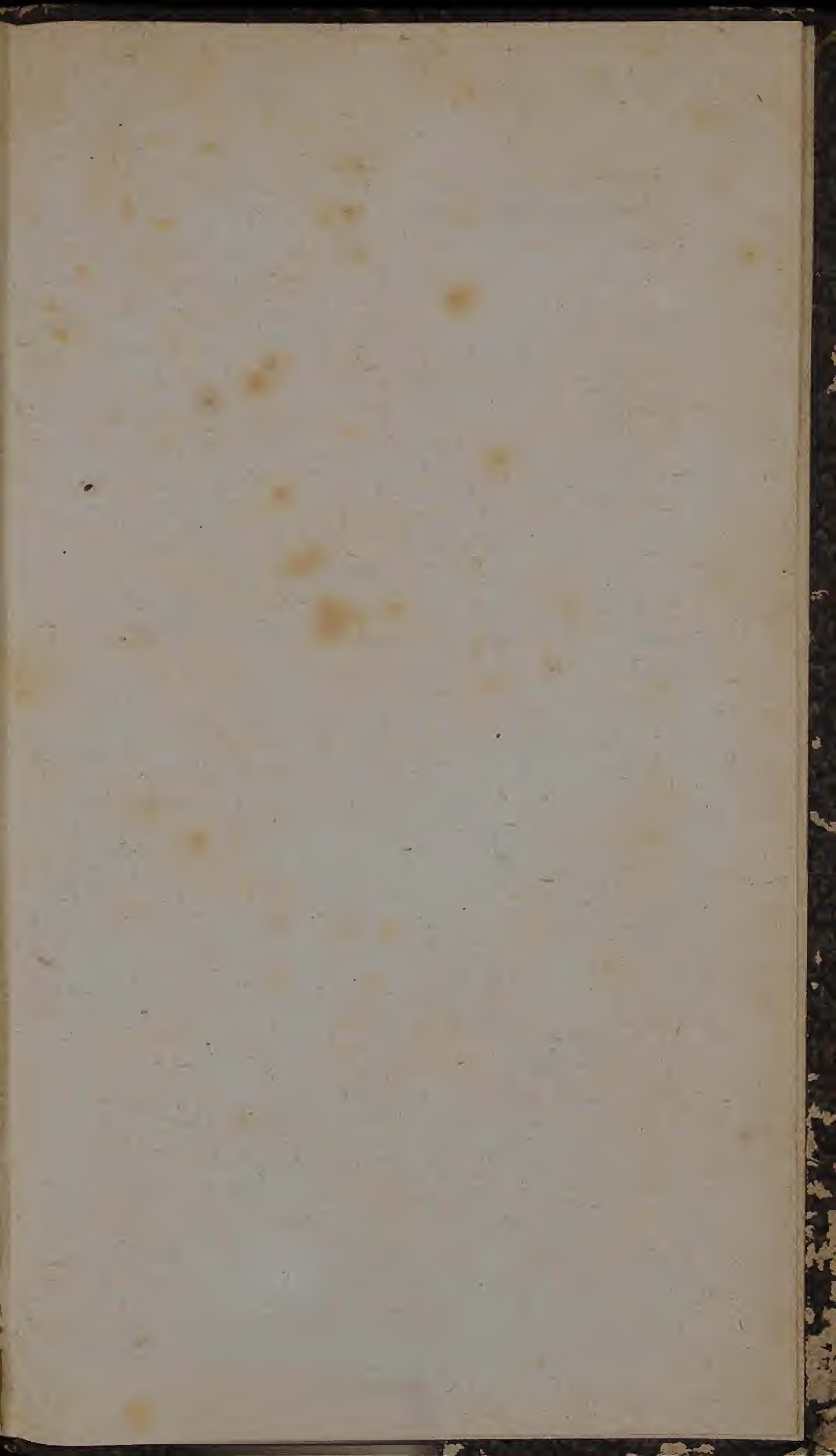
und C. erhält:
a) Vorvermächtniß 100 fl.
b) die Hälfte an der Verlassenschaft seines Vaters . . . 1000 —

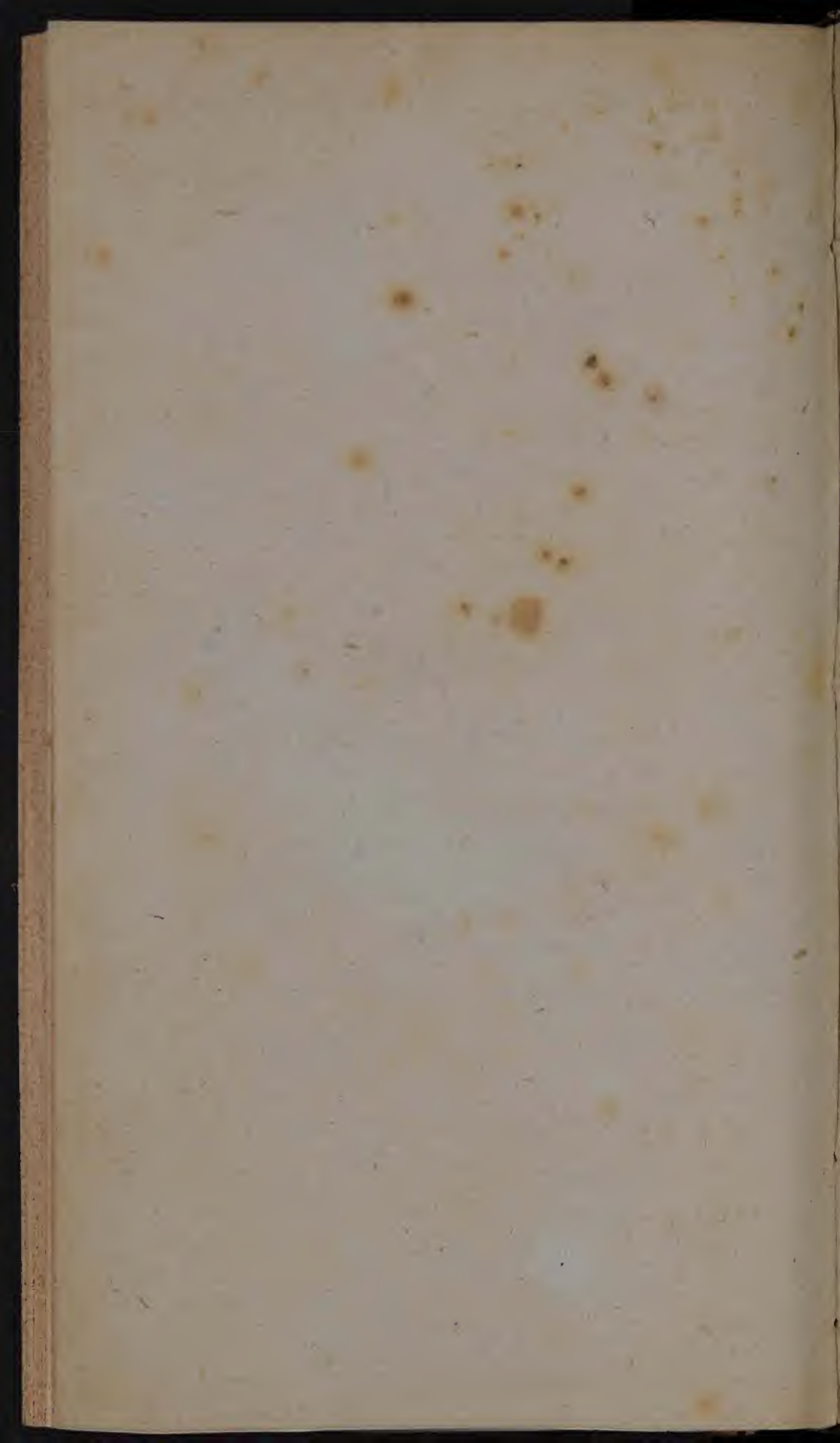
denn das Vermächtniß kann er nur, insoweit sein Peculium zu Entrichtung desselben zureicht, fordern, wodurch nun die Worte „adeo ut — fieret“ erläutert sind. Das Uebrige, was sodann African noch bemerkt, versteht sich wohl von selbst.

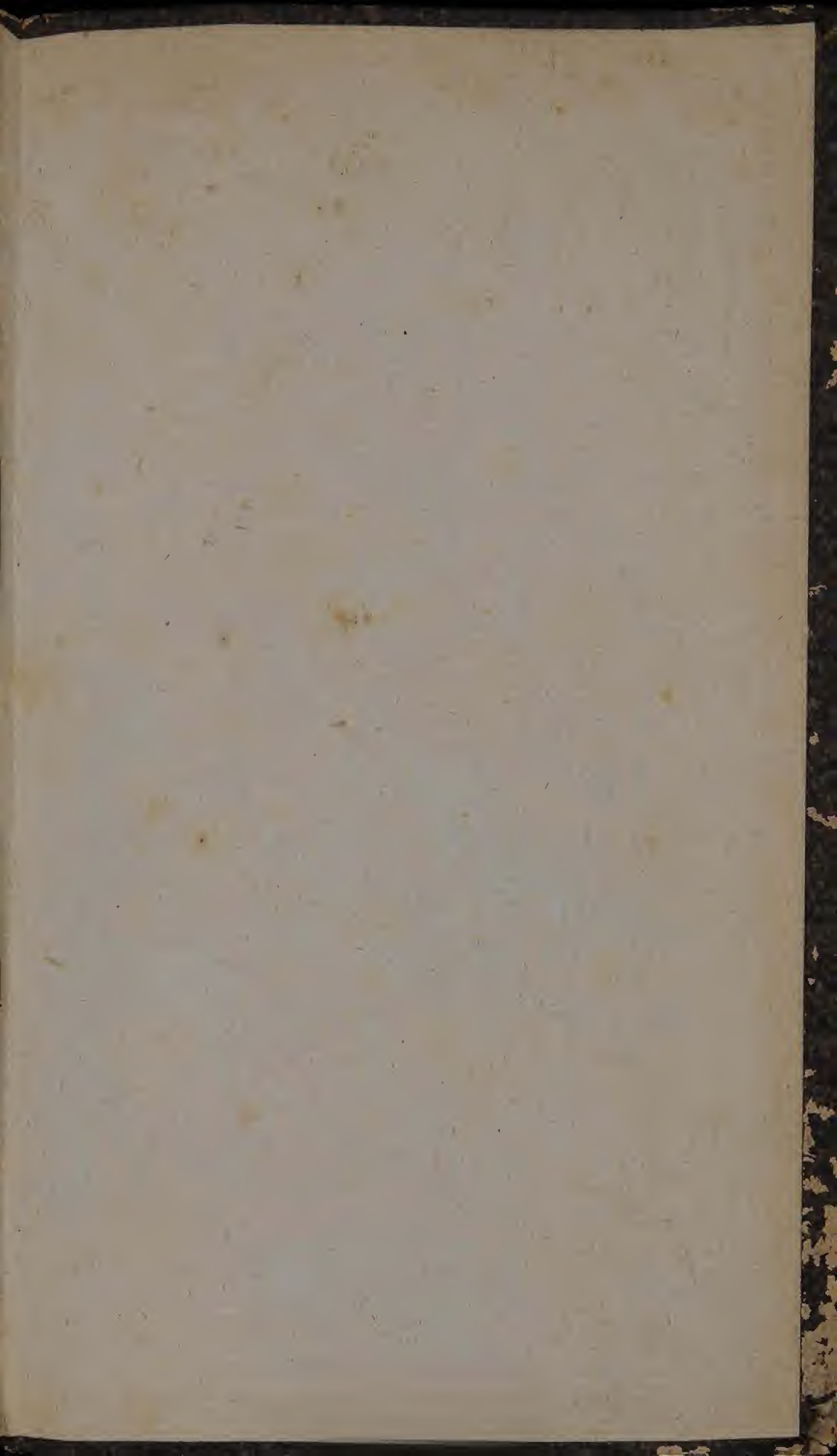
Druckfehler.

Seite 28. §. 37. in der griechischen Stelle Zeile 7. ist zu lesen: παρασκευάζοσι statt „καρασκευάζουσι.“
— 48. — 51. Z. 4. v. unt. l. daure st. „dauren.“
— 53. — 56. Z. 10. l. „de R. C.“ st. de R. O.
— 55. — 57. Z. 3. auf der linken Spalte l. Fr. 5. §. 1. st. „Fr. 5. §. 3.“
— 57. — 62. Z. 2. l. Fr. 5. st. „Fr. 7.“
— 82. — 77. Z. 2. u. 3. l. ἔφηβος st. „ἐφηβος“
— 84. — 79. in der Ueberschrift l. der st. „des“
— 111. — 91. Z. 2. l. §. 119. st. „§. 19.“









Reinhdt

über

Verbind

lichkeit

§. 39.

Fortsetzung und Erklärung des Fr. 84. §. 1. D. de R. J. (50, 17.)

Damit stimmt nun auch der, die verschiedenen Arten der naturalis obligatio nach folgendem Schema

Naturalis obligatio sensu latiori
est
aut — aut
civilis — naturalis sensu strictiori

logis… nä… Si… san… wel… stri… M… un… Be… che… daß… for… Stelle…

„Is n… „tet… hier… kün… im… in… glei… stu… den…



Begriff und das allgemeine Rechts-Gefühl eine innere Nöthigung vorliege.

§. 40.

Fortsetzung und nähere Beleuchtung des Fr. 16. §. 4. D. de fidej. et mand. (46, 1.) der Fr. 10. und 118. D. de V. S. (50, 16.)

Ganz richtig bemerkt daher auch Julian (§. 36.): daß man die naturales debitores, d. h. die debitores ex naturali obligatione (das Wort debitor natürlich hier im allgemeinsten Sinne des Worts — als je- … Gegensatz,

…piun- …*mnes,* …men) …ne des …ucht

…*pecu-* …n daß …Worts …Gleiche

…*tores*" …Worts, …§. 36.)